

УДК
ББК

Г 00 **Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст: Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г., Москва, Россия: Сборник докладов / Под ред. д.ю.н. Д.Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. — М.: Статут, 2012. — 720 с.**

ISBN \\\

В условиях глобализации и сближения законодательств разных государств одним из ключевых вопросов является самоидентификация национальных правовых и гражданских процессуальных систем. Несмотря на схожесть юридических норм, практика правосудия по гражданским делам отличается в странах мира не меньше, чем в прежние периоды. Одной из причин подобного разнообразия является специфика как социокультурного типа общества в целом, так и правовой культуры.

Задача Конференции — обсудить тенденции и противоречия сближения гражданских процессуальных законодательств стран Евразии и мира в целом в условиях социокультурного многообразия. Обсуждение проходило на базе национальных докладов из более чем 24 государств, а всего в нем приняли участие представители более 40 стран мира.

В настоящем издании содержатся материалы Конференции. Они включают вводные и национальные доклады, приветствия, направленные участникам конференции, и пр. В приложения помещены сведения о Международной ассоциации процессуального права, о докладчиках и о спонсорах Конференции.

УДК
ББК

ISBN \\\

© Коллектив авторов, 2012
© Коллектив переводчиков, перевод на русский язык, 2012
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2012

ОРГАНИЗАЦИОННЫЙ КОМИТЕТ КОНФЕРЕНЦИИ

Д.Я. Малешин, общая координация (МГУ им. М.В. Ломоносова);

Н.С. Бочарова, веб-сайт, организационная поддержка (МГУ им. М.В. Ломоносова);

Т.М. Моисеева, ответственный секретарь (МГУ им. М.В. Ломоносова);

Л.В. Скульская, визовая поддержка (МГУ им. М.В. Ломоносова);

Д.В. Симакова, регистрация (Мономакс конгресс-сервис)

БЛАГОДАРНОСТИ

Проведение в Москве Всемирной конференции Международной ассоциации процессуального права было бы невозможным без поддержки Почетного президента Ассоциации Марселя Сторма (*Marcel Storme*), действующего Президента Ассоциации Лоика Кадье (*Loïc Cadiet*) и Вице-президента Ассоциации Оскара Чейза (*Oscar Chase*), а также других членов Президиума Ассоциации.

Мы благодарны за поддержку нашей инициативы провести в России Всемирную конференцию Международной ассоциации по процессуальному праву российским соорганизаторам Конференции:

- Председателю Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькину,
- Председателю Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедеву,
- Председателю Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А.А. Иванову,
- председателю Ассоциации юристов России П.В. Крашенинникову,
- декану юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова А.К. Голиченкову.

Особую благодарность выражаем коллегам и друзьям, которые с пониманием отнеслись к нашей инициативе и оказали нам содействие:

Е.В. Кравченко (Конституционный Суд РФ); Т.К. Андреевой, В.В. Старженецкому (Высший Арбитражный Суд РФ); И.В. Решетниковой (Федеральный арбитражный суд Уральского округа); С.Ю. Чуче, К.В. Ребецу (Арбитражный суд г. Москвы); Е.А. Борисенко (Министерство юстиции РФ); И.Е. Манылову, И.В. Редькину, Ж.А. Джакупову, Д.И. Паньшину, К.Б. Якименко, П.В. Цыпко (Ассоциация юристов России); М.И. Сазоновой, В.В. Яркову (Федеральная нотариальная палата); К.А. Корсику (Московская городская нотариальная палата); О.А. Дюжевой, А.А. Косовцу, А.Н. Шевченко (МГУ им. М.В. Ломоносова); В.В. Блажееву, Д.О. Кутафину, О.А. Масловой, С.Б. Россинскому, А.А. Свистунову, (МГЮА им. О.Е. Кутафина); С.В. Никитину, Ю.В. Таю (Российская академия правосудия); С.И. Герасимову, В.А. Гурееву (Российская правовая академия Министерства юстиции РФ); Д.Х. Валееву (Казанский (Приволжский) федеральный университет); Г.Д. Улетовой (Академический правовой университет); В.В. Комарову (Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»); Е.Н. Щербаку (МГОУ им. В.С.Черномырдина); С.А. Кочерге, П.Ю. Федорову (МЭСИ); Д.А. Сумскому (РГСУ); А.Г. Забелину, Л.Г. Поддубной (МФЮА); В.А. Зернову, А.А. Тартышному (Российский новый университет); Н.И. Маняку (Краснодарский краевой суд); Я.Б. Пискунову (компания «Газпром-Медиа»); И.Н. Марисину (компания *Quinn Emmanuel Trial Lawyers*), Д.В. Магоне (компания *Art de Lex*); Г.Б. Мирзоеву (Гильдия российских адвокатов); К.И. Самойлову (издательство «Статут»); А.М. Треушникову (издательство «Городец»); И.Н. Слепцову (интернет-портал *pravo.ru*); Е.А. Поворовой (журнал «Судья»), Я. Вафину.

Издание настоящего сборника было бы невозможным без поддержки студентов и аспирантов, переведивших доклады участников конференции с английского языка на русский: И. Дибирова, А. Ивлиевой, М. Ломко, И. Маслова, М. Панферова, С. Писчиковой, Г. Сотникова (МГУ им. М.В. Ломоносова); П. Астафьева, Л. Мирасова, Г. Мурадыновой, Д. Муфлиханова, В. Полякова, М. Рахимова, А. Халимовой, Л. Фатхуллиной, Г. Ягудиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет); Л. Бадыкова, К. Ряховского (Российская правовая академия Министерства юстиции РФ) — и с русского языка на английский: Н. Бараданченковой, А. Мамаева, А. Незнамова, Н. Рошупкина, Е. Саликовой, А. Ширшовой, К. Сергеевой (УрГЮА).

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ (Дмитрий Малешин)	8

ПРИВЕТСТВИЯ

Лоик Кадье (<i>Loïc Cadiet</i>), президент Международной ассоциации процессуального права	11
Валерий Зорькин , Председатель Конституционного Суда Российской Федерации	12
Вячеслав Лебедев , Председатель Верховного Суда Российской Федерации	14
Антон Иванов , Председатель Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации	16
Павел Крашенинников , председатель Ассоциации юристов России	17

ВВОДНЫЕ ДОКЛАДЫ

Марсель Сторм (<i>Marcel Storme</i>), Почетный Президент Международной ассоциации процессуального права	18
Михаил Треушников , заведующий кафедрой гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова	28
Петер Гиллес (<i>Peter Gilles</i>), профессор Франкфуртского университета им. Иоганна Вольфганга Гёте	33

СЕКЦИЯ 1. Многообразие форм разрешения споров: формальные и неформальные процедуры

Основной доклад

Оскар Чейз (<i>Oscar Chase</i>), Нью-Йоркский университет (<i>New York University</i>)	41

Национальные доклады

Италия: Винченцо Варано (<i>Vincenzo Varano</i>), Алессандро Симони (<i>Alessandro Simoni</i>), Флорентийский университет (<i>University of Florence</i>)	46
Англия и Уэльс: Нил Эндрюс (<i>Neil Andrews</i>), Кембриджский университет (<i>University of Cambridge</i>)	64
Китай: Джером Коэн (<i>Jerome Cohen</i>), Нью-Йоркский университет (<i>New York University</i>)	80
Россия: Наталия Бочарова , МГУ им. М.В. Ломоносова	92
СНГ: Цисана Шамликашвили , Центр медиации и права	102
США: Кэрри Менкель-Мидоу (<i>Carrie Menkel-Meadow</i>), Джорджтаунский университет (<i>Georgetown University</i>)	114

СЕКЦИЯ 2. Цели гражданского процесса

Основной доклад

Алан Узелач (<i>Alan Uzelac</i>), Загребский университет (<i>University of Zagreb</i>)	140

Национальные доклады

Австрия: Кристиан Коллер (<i>Christian Koller</i>), Венский университет Вены (<i>University of Vienna</i>)	169
Бразилия: Тереза Вамбьер (<i>Teresa Wambier</i>), Папский католический университет Сан-Паулу (<i>Pontifical Catholic University of São Paulo</i>)	192
Китай: Фу Юлин (<i>Fu Yulin</i>), Пекинский университет (<i>Peking University</i>)	202
Китай (Гонконг): Дэвид Чан (<i>David Chan</i>), Питер Чан (<i>Peter Chan</i>), Городской университет Гонконга (<i>City University of Hong Kong</i>)	211

Венгрия: Миклош Кендьель (<i>Miklós Kengyel</i>), Будапештский университет имени Андраши (<i>Andrássy University Budapest</i>)	221
Италия: Элизабетта Сильвестри (<i>Elisabetta Silvestri</i>), Университет Павии (<i>University of Pavia</i>)	227
Нидерланды: Ремко ван Ре (<i>C.H. (Remco) van Rhee</i>), Маастрихтский университет (<i>Maastricht University</i>).....	238
Норвегия: Инге Лоранж Бакер (<i>Inge Lorange Backer</i>), Университет Осло (<i>University of Oslo</i>).....	250
Россия: Дмитрий Нохрин , Конституционный Суд Российской Федерации	258
США: Ричард Маркус (<i>Richard Marcus</i>), Калифорнийский университет (<i>University of California</i>)	268

СЕКЦИЯ 3. Гражданские процессуальные системы

Основной доклад

Дмитрий Малешин , МГУ им. М.В. Ломоносова	279

Национальные доклады

Австралия: Дэвид Бэмфорд (<i>David Bamford</i>), Университет Флиндерс (<i>Flinders University</i>).....	297
Бразилия: Тереза Вамбьер (<i>Teresa Wambier</i>), Папский католический университет Сан-Паулу (<i>Pontifical Catholic University of São Paulo</i>)	307
Китай: Маргарэт Ву (<i>Margaret Woo</i>), Северо-восточный университет, США (<i>Northeastern University</i>)	319
Италия: Кьяра Бессо (<i>Chiara Besso</i>), Туринский университет (<i>University of Turin</i>).....	324
Венгрия: Виктория Харшаги (<i>Viktória Harsági</i>), Католический университет Петера Пазманы (<i>Pazmany Peter Catholic University</i>)	334
Румыния: Сербан Вакарелу (<i>Serban Vacarelu</i>), Маастрихтский университет (<i>Maastricht University</i>)	347
ЮАР: Даниэл Ван Логгеренберг (<i>Daniël van Loggerenberg</i>), Андре Борейн (<i>André Boraine</i>), Университет Претории (<i>University of Pretoria</i>)	369
Турция: Мурат Озсунай (<i>Murat Ozsunay</i>), компания «Осунай и партнеры» (<i>Ozsunay law office</i>)	377
США: Джеффри Томас (<i>Jeffrey Thomas</i>), Университет Миссури (<i>University of Missouri</i>)	391

СЕКЦИЯ 4. Гармонизация гражданского процессуального права в Евразии

Основной доклад

Владимир Ярков , УрГЮА.....	397

Национальные доклады

Киргизия: Азамат Салиев , Кыргызско-российский Славянский университет	429
Россия: Виктор Блажеев , МГЮА им. О.Е. Кутафина	446
Словения: Алеч Галич (<i>Aleš Galič</i>), Люблянский университет (<i>University of Ljubljana</i>)	456
Украина: Вячеслав Комаров , Национальный университет «Юридическая академия имени Ярослава Мудрого»	476

Дискуссионная панель

Россия: Юлий Тай	488

СЕКЦИЯ 5. Групповые иски: социокультурные аспекты**Основной доклад**

Дженет Уокер (<i>Janet Walker</i>), Йоркский университет (<i>York University, Osgoode Hall Law School</i>)	499

Национальные доклады

Австралия: Вики Вей (<i>Vicki Waye</i>), Университет Южной Австралии (<i>University of South Australia</i>), и Винченцо Морабито (<i>Vincenzo Morabito</i>), Университет Монаш (<i>Monash University</i>)	552
Бразилия: Ада Гриновер (<i>Ada Grinover</i>), Университет Сан-Паулу (<i>University of São Paulo</i>)	569
Бельгия: Стефан Вот (<i>Stefaan Voet</i>), Гентский университет (<i>Ghent University</i>)	573
Канада: Ясминка Каладжич (<i>Jasminka Kalajdzic</i>), Виндзорский университет (<i>University of Windsor</i>)	584
Англия и Уэльс: Рэйчел Малерон (<i>Rachael Mulheron</i>), Лондонский университет королевы Марии (<i>Queen Mary, University of London</i>)	591
Италия: Элизабетта Сильвестри (<i>Elisabetta Silvestri</i>), Университет Павии (<i>University of Pavia</i>)	606
Нидерланды: Элен ван Лит (<i>Hélène van Lith</i>), Университет им. Эразма Роттердамского (<i>Erasmus University</i>)	613
Россия: Дмитрий Туманов, МГЮА им. О.Е. Кутафина	624
Швеция: Пер Хенрик Линдблом (<i>Per Henrik Lindblom</i>), Упсальский университет (<i>Uppsala University</i>)	633

Дискуссионная панель

Испания: Хавьер Санчес (<i>Javier Sánchez</i>), Сарагосский университет (<i>University of Zaragoza</i>)	644
Россия: Дмитрий Магоня, компания <i>Art de Lex</i>	650

СЕКЦИЯ 6. Коммерческий арбитраж в Евразии**Национальные доклады**

Россия: Евгений Суханов, МГУ им. М.В. Ломоносова	657
СНГ: Валерий Мусин, Санкт-Петербургский государственный университет	665

ПРИЛОЖЕНИЯ

История Международной ассоциации процессуального права — Федерико Карпи (<i>Federico Carpi</i>), Болонский университет (<i>University of Bologna</i>)	672
Устав Международной ассоциации процессуального права	679
Президиум, Правление и члены Международной ассоциации процессуального права	683
Основные и национальные докладчики Московской конференции Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г.	вклейка
Поддержка Московской конференции Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г.	вклейка

ВВЕДЕНИЕ

Гражданское процессуальное право во многих государствах Евразии, а также в других странах мира находится в настоящее время в состоянии реформирования. Внешним фактором, обуславливающим эти изменения, является широкий процесс интеграции между государствами в разных сферах общественной жизни. Глобализационные явления проявляются и в праве. В последние годы они приобрели особенно отчетливый характер. Гражданское процессуальное право служит ярким примером данной тенденции. Практически все ключевые реформы в странах как англосаксонского, так и романо-германского права направлены на сближение двух некогда противоположных систем. Повышение активности суда в соответствии с реформой Лорда Вульфа в Англии и Уэльсе и последующие соответствующие изменения в других государствах общего права, введение во многих государствах континентальной Европы американского института группового иска являются лишь отдельными примерами широкой интеграции в сфере гражданского процесса, которая происходит в современный период.

Появляется ощущение, что подобные темпы могут привести в обозримом будущем не только к еще более тесному сближению процессуальных систем разных государств, но и к созданию единого нормативного акта в сфере гражданского судопроизводства. Сегодня уже не кажутся странными и фантастическими проекты модельных кодексов или единых правил гражданского судопроизводства, предлагаемые различными организациями и авторами (например, Принципы и правила трансграничного гражданского процесса, разработанные Американским институтом права (*ALI*) и Международным институтом унификации частного права (*UNIDROIT*)).

Вместе с тем, несмотря на очевидность сближения гражданских процессуальных систем, сегодня практика правосудия по гражданским делам отличается в разных странах мира не меньше, чем в прежние периоды. Парадокс ситуации заключается в том, что сближение касается только законодательства и не затрагивает другие элементы системы. Оно не касается ни правоприменительной практики, ни правовой культуры. В современном «глобализирующемся» мире вопрос самоидентификации как народов, так и правовых и процессуальных систем не менее актуален, чем раньше. Несмотря на внешнее сближение, культурные различия между странами и народами являются по-прежнему значительными, а фактор «глобализации», нередко насаждаемый извне, лишь обостряет ситуацию. Законодательство выступает своеобразной внешней оболочкой гражданской процессуальной системы, которая не всегда отражает ее содержание. Из схожести гражданских процессуальных законодательств разных государств вовсе не вытекает автоматически идентичность правосудия по гражданским делам.

Главным препятствием выступают социокультурные различия государств и народов, которые влекут особенность правовой культуры, а та в свою очередь обуславливает специфику правоприменительной практики. Поэтому, хотя законода-

тельства разных стран становятся с каждым годом ближе, практика правосудия по гражданским делам остается не менее разнообразной, чем столетия назад.

В этой новой «гражданской процессуальной обстановке» сравнительный гражданский процесс приобретает особое значение. Обмен опытом как на уровне законодательства, так и на уровне практики, а также науки является основой развития гражданского процессуального права в современный период.

Международная ассоциация процессуального права является практически идеальной площадкой для реализации этих целей. Она создана в 1950 г. в Европе и за более чем полувековой период своего существования превратилась в действительно всемирную организацию, объединяющую более 500 процессуалистов со всех континентов, из 64 стран мира. География проведения конференций поражает своим разнообразием: Европа, Азия, Северная и Южная Америка. В течение последнего десятилетия: Мехико (2003), Париж (2004), Вена—Будапешт (2005), Киото (2006), Сальвадор (2007), Валенсия (2008), Торонто (2009), Печ (2010), Гейдельберг (2011), Москва (2012), следующие в этом списке стоят Афины (2013), Сеул (2014), Стамбул (2015).

В СССР, а также в современной России и странах СНГ научная общественность всегда достаточно внимательно следила за деятельностью Международной ассоциации процессуального права. Советские ученые (В.К. Пучинский, М.А. Гурвич) даже приняли участие в отдельных ее конференциях. Однако наибольшая активность представителей России в деятельности Ассоциации пришлась на последнее десятилетие. Российские ученые и судьи участвуют практически во всех ежегодных конференциях Ассоциации, выступают на них с докладами и сообщениями (Е.А. Виноградова, Д.Я. Малешин, И.В. Решетникова, М.А. Филатова, В.В. Ярков), Россия впервые представлена в Правлении ассоциации (Д.Я. Малешин). Итогом десятилетней работы россиян и своеобразной их победой стало решение Ассоциации провести в Москве ежегодную Всемирную конференцию по процессуальному праву.

Тема конференции — «Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст». Основная идея — обсудить тенденции развития гражданского процесса в современный период в условиях культурного многообразия. Интерес представляют гражданские процессуальные системы не только стран Европы и Северной Америки, которые традиционно широко изучаются и законодательство которых нередко подвергается рецепции в других частях мира. Мы хотим показать специфику судопроизводства также в других государствах, гражданское процессуальное право которых очень мало известно широкой научной общественности.

В программе конференции предусмотрены шесть секций, одна из задач которых — определить влияние культуры на тот или иной аспект гражданского судопроизводства в разных странах. Структура каждой секции традиционна для конференций Международной ассоциации процессуального права: основной доклад и пять—восемь национальных докладов. Учитывая место проведения конференции, мы постарались включить в каждую секцию национальный доклад от России и пригласили наших коллег из стран СНГ также выступить с сообщениями.

Доклады на конференции, представленные выступающими из 24 стран мира, свидетельствуют, что культура имеет важное значение в развитии гражданского процессуального права в современный период. Особенно отчетливо это заметно на примере России, где мы всегда имели смешение коллективизма и индивидуализ-

ма как в общественном, так и в индивидуальном сознании. История российского гражданского процесса, а также действующее законодательство демонстрируют пример удачных законотворческих усилий по сближению различных процессуальных порядков в целях установления наилучшего способа защиты нарушенного права. Надеемся, что многовековой опыт российского законодателя может быть полезен и в других государствах в современный период активного межкультурного взаимодействия. Московская конференция дает нам редкую возможность поделиться этим уникальным опытом с международной процессуальной общественностью.

Россия впервые проводит ежегодную конференцию Международной ассоциации процессуального права, и мы с большим удовольствием приветствуем в Москве процессуалистов со всех континентов, из более чем 40 стран мира!

Москва, апрель 2012 г.

Дмитрий Малешин

ПРИВЕТСТВИЯ

Лонк Кадье (*Loïc Cadiet*)¹

Президент Международной ассоциации процессуального права

По инициативе Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, при поддержке Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Ассоциации юристов России Международная ассоциация процессуального права будет рада приветствовать вас в Москве с 18 по 21 сентября 2012 г. Искренне надеюсь, что вы сможете присоединиться к сообществу ведущих процессуалистов всего мира, для того чтобы услышать и обсудить тему «Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст». Докладчики будут обсуждать с учетом правовых и культурных аспектов такие важнейшие вопросы, как: *разрешение споров в разных странах: формальные и неформальные процедуры; цели гражданского процесса; гражданские процессуальные системы: доводы за и против; культурологический аспект групповых исков; гармонизация гражданского процесса Евразии*. На сегодняшний день Международная ассоциация процессуального права имеет почти 500 членов по всему миру, представляющих более 50 стран. В первый раз конференция *IAPL* будет проведена в России, и впервые конференция *IAPL* сосредоточится на процессуальных отношениях в Евразии. История Международной ассоциации процессуального права, основанной во Флоренции в 1950 г., — это история совместного решения задач. Из поколения в поколение, на протяжении более 60 лет мы пишем вместе эту историю как совместный роман. От имени Международной ассоциации процессуального права приглашаю вас принять участие в Московской конференции и написать вслед за нашей XIV Всемирной конференцией, состоявшейся в Гейдельберге (июль 2011 г.), недавней Иbero-Американской конференцией в Буэнос-Айресе (июнь 2012 г.) и до следующей Международной конференции в Афинах (сентябрь 2013 г.) новую главу этого общего романа.

¹ Перевод на русский язык с английского осуществлен Я. Вафиним (МГУ им. М.В. Ломоносова).

Валерий Зорькин

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации

Уважаемые коллеги!

Диалог культур в правовой (в том числе и в процессуально-правовой) сфере представляет собой непереносимое условие построения и развития в современном стремительно глобализующемся обществе подлинно действенной системы правопорядка. Поэтому вполне объяснимо, что соответствующая тематика вынесена в качестве основного предмета обсуждения на Всемирной конференции Международной ассоциации процессуального права. Только основанное на общении специалистов из разных стран взаимное обогащение юридической реальности путем изучения и усвоения наилучших правовых подходов способно привести к подлинной глобальной конвергенции в области процессуального права.

Вполне объяснимо, что основную дискуссию на конференции предполагается вести по вопросам гражданского судопроизводства. Очевидно, что от состояния соответствующей сферы процессуальной науки и практики, по сути дела, в решающей степени зависит эффективность и жизнеспособность всей системы частного права. Гражданское законодательство в самом широком его понимании, закрепляя материально-правовые нормы, в конечном счете не может быть надлежащим образом воплощено в жизнь без адекватного его потребностям гражданско-процессуального права. Но ни то ни другое не могут считаться соответствующими современным стандартам, если не восприняли и не конкретизировали конституционные принципы.

В условиях происходящей на наших глазах глобализации правового пространства такого рода проблемы невозможно решить без творческого осмысления и восприятия правового опыта, накопленного в разных странах и регионах мира. В этой связи невозможно переоценить роль и значение Международной ассоциации процессуального права, являющейся на сегодняшний день одной из крупнейших международных структур, координирующих научную работу по проведению сравнительных исследований по актуальным вопросам, возникающим в процессуальной сфере.

К таким вопросам относится, в частности, трансформация роли судебных решений. Уже сегодня, думается, можно с уверенностью говорить, что судебный процесс (в том числе и в рамках производства по гражданским делам) повсеместно приобретает черты не только процедуры судебного правоприменения, но и процедуры общеобязательного толкования правовых норм и нередко правотворчества. Даже в рамках континентальной системы права, где со времен кодификаций начала XIX в. считалось, что «судья — лишь уста, изрекающие слова закона», традиционное понимание судебного процесса исключительно как процедуры толкования и применения норм претерпевает ныне весьма существенные изменения. Уверен, что уже сегодня крайне необходимо углублять доктринальное осмысление этого явления, что называется, на стыке конституционно-правовых и процессуально-правовых понятий и категорий.

В связи с отмеченным усилением нормативно-регулятивной роли судебных актов все более возрастает и значение законодательных гарантий независимого осуществления правосудия. Ведь независимость суда и судей одновременно является важнейшей гарантией права граждан на судебную защиту и гарантией беспристрастности суда как обязательного условия вынесения справедливого решения. При этом необходимо отметить, что независимость, беспристрастность и справедливость, безусловно, предполагают реальную защиту суда от попыток давления на него не только со стороны иных органов и должностных лиц публичной власти, но и со стороны иных субъектов политической, экономической и социальной жизни. Эффективное решение этой задачи в современных условиях требует не только комплексного объединения усилий специалистов-процессуалистов всего мира, но и своего рода синергетического синтеза новых идей и подходов, вырабатываемых как в рамках процессуальной науки, так и в рамках современной доктрины конституционализма.

Стремительное развитие информационно-коммуникационных технологий открывает перед правосудием принципиально новый спектр задач, вызовов и возможностей. Формирующемуся электронному обществу и складывающемуся на его основе электронному государству с неизбежностью должны корреспондировать электронное правотворчество, электронное правоприменение. Это, конечно, не означает трансформации правосудия в «электронное», но будет означать (и уже означает) образование принципиально новой среды реализации конституционных прав и свобод человека (в том числе и его процессуальных прав) и предполагает внесение в осуществление правосудия некоторых новых элементов. То, какой будет эта среда, в значительной степени зависит от того, каким содержанием юридическая наука и практика наполнят предлагаемые глобальным электронным пространством технологические формы деятельности.

От имени Конституционного Суда Российской Федерации желаю участникам Всемирной конференции Международной ассоциации процессуального права интересного и плодотворного изучения как перечисленных выше, так и многих других актуальных проблем, лежащих в плоскости процессуальной деятельности. Убежден, что результаты вашей работы в этой сфере в самом ближайшем будущем воплотятся не только в новые научные труды, но и в практическое совершенствование судебных процедур.

Вячеслав Лебедев
Председатель Верховного Суда Российской Федерации

Уважаемые коллеги!

Темой обсуждения Всемирной конференции в Москве избрано обсуждение проблем развития гражданского процессуального права — системы норм, регулирующих процессуальные действия и правоотношения между судом и другими участниками судопроизводства при осуществлении правосудия по гражданским делам. Это придает работе форума особую значимость и актуальность.

Российская Федерация — демократическое правовое государство. В Конституции Российской Федерации провозглашено, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Судебная власть решает задачи защиты этих прав и свобод посредством судопроизводства, а ее эффективность во многом определяется тем, насколько совершенна процедура ее осуществления.

Процессуальное право — одна из фундаментальных отраслей права, имеющая самостоятельные предмет и метод исследования, свою историю и теорию.

Гражданский процесс как совместная деятельность суда и сторон, направленная на разрешение споров, классически разработана и представлена еще в римском праве. С тех далеких времен эта отрасль права постоянно развивалась и совершенствовалась. Однако, несмотря на достаточно высокую степень разработанности современного гражданского процессуального права, ни в коей мере нельзя утверждать, что наука и практика в этом направлении остановились в своем развитии.

С возникновением и развитием новых, прогрессивных отношений, требующих своего правового регулирования, система процессуального права постоянно дополняется все новыми нормами, институтами, отраслями, становится все более совершенной и эффективной.

Особая значимость и необходимость постоянного совершенствования гражданского процессуального права обусловлены тем обстоятельством, что оно непосредственно взаимодействует со многими отраслями права, в том числе материального, обеспечивая его реализацию. Это — конституционное, гражданское, семейное, жилищное, трудовое, земельное, уголовное право и т.д., нормы которых провозглашают и закрепляют конкретные права и свободы человека и гражданина.

Весьма разнообразны источники процессуального права. Среди них Конституция Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, нормы других отраслей российского права, Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса, к которой присоединилась наша страна в 1967 г., а также множество международно-правовых соглашений и договоров Российской Федерации с другими государствами.

Следует сказать, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ являются составной частью правовой системы Российской Федерации и широко применяются в практике разрешения гражданских дел российскими судами.

Функционирование гражданского процесса придает законодательным нормам жизненность, определяет их правовую ценность. Провозглашенные в Конституции Российской Федерации и законах права и свободы реальны потому, что возможна их судебная защита и обеспечение гражданскими процессуальными средствами.

В развитии современного процессуального права просматриваются тенденции к усложнению его процедуры, что вполне объяснимо исходя из того, что одной из главных задач государств становится обеспечение и защита прав человека и гражданина, т.е. правового статуса личности.

Другой причиной усложнения процессуальных форм является постоянный научно-технический прогресс, предполагающий все более широкое использование в доказательственных целях сложных экспертиз, привлечение высококвалифицированных специалистов, применение технических средств для фиксации и воспроизводства доказательств и т.д.

И наконец, усложнение процессуальных форм обусловлено все возрастающим массивом законодательства и иного нормативно- правового материала, необходимого для правильного и обоснованного разрешения гражданско-правовых споров, что в свою очередь требует специализации и постоянного повышения квалификации судей, адвокатов, высокой правовой культуры других субъектов гражданских правоотношений.

Все это подтверждает актуальность обсуждения научных и практических проблем развития процессуального права, необходимость и своевременность проведения Всемирной конференции по процессуальному праву.

Названные и многие другие важные процессуальные проблемы ожидают своего решения. Поэтому положительный опыт других государств представляет несомненный научный и практический интерес. Весьма интересно и полезно определить, как тот или иной вопрос решен в других государствах.

Приветствуя участников Всемирной конференции по процессуальному праву, желаю вам, уважаемые коллеги, успешной и плодотворной работы. Выражаю уверенность, что обсуждение современных проблем развития процессуального права позволит выработать научные подходы к их решению, что будет способствовать совершенствованию практики гражданского судопроизводства.

Антон Иванов
*Председатель Высшего Арбитражного Суда
Российской Федерации*

Уважаемые участники Конференции!

Международная ассоциация процессуального права — известное и авторитетное объединение представителей судейского сообщества, науки и юридического бизнеса. На протяжении десятков лет Ассоциация проводит конференции в разных уголках мира, посвященные актуальным вопросам гражданского судопроизводства.

В сентябре 2012 г. впервые Ассоциация проводит конференцию на территории России, ее тема — «Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст». Конференция организована при активной поддержке со стороны Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Тема Конференции актуальна для всей системы российских арбитражных судов, поскольку количество споров, в которых присутствует иностранный элемент, с каждым годом неуклонно растет.

Указанная тема интересна также и с другой стороны — исторической, поскольку современные правовые системы стран Европы и Азии несут в себе традиции как романо-германского, так и англосаксонского права. Эти два начала продолжают взаимодействовать и влиять друг на друга.

Считаю, что Конференция Международной ассоциации процессуального права 2012 г. может стать отличной площадкой для установления связей, совершенствования процессуального права и обмена опытом с учетом лучших достижений правовой мысли, поскольку в ее работе примут участие выдающиеся представители юридической профессии со всего мира.

Желаю участникам Конференции плодотворной работы и продуктивного обмена мнениями.

Павел Крашенинников
Председатель общероссийской общественной организации
«Ассоциация юристов России»

Уважаемые коллеги!

В этом году Международная конференция выносит на обсуждение тему развития и актуальных вопросов гражданского процессуального права.

Гражданское процессуальное право является частью общей системы права, подчиняется его закономерностям и общим принципам строения права.

Нормы действующего гражданского процессуального права содержатся в большом количестве источников, однако количественный рост нормативных правовых актов сам по себе не является показателем совершенства правового регулирования процессуальных отношений.

В связи с этим все большую актуальность приобретает вопрос улучшения правоприменительной деятельности. Повышение ее эффективности во многом зависит от упорядочения и обеспечения надлежащего уровня законодательства, что подразумевает систематизацию законодательства.

Целями систематизации являются: создание стройной системы законов, обладающей качествами полноты, доступности и удобства пользования нормативными актами, устранение устаревших и неэффективных норм права, разрешение юридических коллизий, ликвидация пробелов и обновление законодательства.

Эти и многие другие вопросы и проблемы нуждаются в обсуждении и решении, поэтому проведение Международной конференции представляет значительный научный интерес. Совершенствование норм процессуального права, обмен опытом решения тех или иных задач — неотъемлемая составляющая процесса улучшения и развития практики гражданского судопроизводства.

Всем участникам Конференции желаю плодотворной дискуссии по актуальным проблемам совершенствования гражданского процессуального права.

ВВОДНЫЕ ДОКЛАДЫ

Марсель Сторм (*Marcel Storme*)¹

ТЕОРИЯ ЛУЧШЕ ПРАКТИКИ?

Это было около 10 лет назад, в 2003 г., во время Конференции Международной ассоциации процессуального права в Мексике, когда в обеденный перерыв мы разговаривали с Дмитрием Малешиним у бассейна в нашем конференц-отеле «Мексика Сити» и я высказал идею, что, несомненно, было бы замечательно, если бы наша Ассоциация провела свою конференцию в России.

Тогда я впервые как действующий в то время президент Ассоциации выдвинул такое предложение. Несмотря на падение в 1989 г. железного занавеса, Ассоциация лишь несколько раз проводила конференции в Восточной Европе: Люблин (1993), Вена—Будапешт (2005) и Печ (2010).

Причиной этого, вероятно, было то, что, помимо наших польских и венгерских коллег, не было значительного участия в нашей деятельности процессуалистов из этой части Европы.

Все изменилось с появлением Дмитрия Малешина, который стал активным участником всех наших мероприятий, и ему удалось привлечь в Ассоциацию ряд выдающихся российских коллег.

Я бы очень хотел подчеркнуть эти сказанные мной слова именно сейчас, в самом начале Конференции, прежде чем приступить к своему докладу.

* * *

Отправной точкой для моего доклада является заявление, сделанное нашим почетным президентом Федерико Карпи в первом выпуске *Revue internationale de droit processuel* (*Problemi prospettive della Giustizia Civile in Italia* // [2000] *IJPL — RIDP* 6 sq.), а именно: *La divaricazione fra il livello scientifico della dottrina processualcivilistica e la vita pratica di tutti i giorni dei Tribunali*². Это — о расхождении между теорией и практикой, которую уже подчеркивал Мауро Каппеллетти, когда говорил о «благородных намерениях» в юридической литературе и «кошмаре» в законодательной практике³.

Из международного исследования, проведенного мной, выяснилось, что эта линия разрыва ощущается практически везде на планете. В связи с этим закономерно возникает вопрос на международном уровне: почему, несмотря на высокий уровень развития юридической литературы в области процессуального права, последнее слишком часто не соответствует этому стандарту на практике?

¹ Почетный президент Международной ассоциации процессуального права (Бельгия).

² «Разрыв между уровнем научных трудов в области процессуального права и повседневной практикой в судах».

³ *Atti del XVII Convegno nazionale*, Palermo, 1989, Milano, 1991, p. 273 sq.

Причины разрыва между теорией и практикой

Субъекты

В стремлении определить причины этого разрыва мы должны обратить особое внимание на то, как ведут себя субъекты этого сложного процесса. Как будет неоднократно подчеркнуто далее, человеческий фактор играет важную роль в этом. «В системе гражданского судопроизводства также присутствует в значительной степени человеческий фактор» (N. Andrews, *Nurturing civil justice*, p. 2).

Это означает, что мы не должны устремлять свои взоры на соответствующее законодательство, юридическую литературу, юридическую практику или решения суда. Вместо этого мы должны сосредоточиться на анализе деятельности законодательных органов, ведущих ученых, адвокатов и судей.

(1) Законодательные органы

а) Есть законодательные органы, направленные на регулирование всех аспектов жизни общества. Учитывая, что современное общество повсеместно на этой планете утратило свои ориентиры, наши законодатели занимаются тем, что пытаются соответствующим образом исправить такое положение и издавать множество различных законов и правил.

Многие законодательные органы в попытке удовлетворить требования широко расходящихся интересов издают под влиянием панических настроений законодательство, являющееся реакцией на внезапные случайные инциденты — «трудные прецеденты делают плохой закон».

Все эти события имеют разрушительное влияние на качество издаваемого законодательства, которое в свою очередь оказывает негативное влияние на судебный процесс. Сложные законы затрудняют для участвующих сторон, а также для судей их интерпретацию и применение. Слишком обширное законодательство наносит ущерб праву.

б) Существуют также законодательные органы, которые ищут решения в судебном порядке. Все началось с *Code de procédure civile* 1806 г. В то время как этот Кодекс издается, один из его авторов, Жан-Батист Трейяд, заявил: *Le succès du Code dépendra beaucoup et de l'autorité à qui son exécution est confiée et de la conduite des officiers ministériels qui le pratiqueront chaque jour*¹ (Loché, T. XXI, p. 5490550).

В том же ключе автор одного из лучших кодексов гражданского судопроизводства (*öZP*), Франц Кляйн, утверждал, что реформирование гражданского процесса может быть достигнуто только *wenn alle Prozessbeteiligten guten Willens sind und wenn unaufhörlich auf diesen guten Willen hingewirkt wird*².

Бельгийский Судебно-процессуальный кодекс (1967) был подготовлен внушительной парой, состоящей из юриста и судьи. Это было сделано для того, чтобы избежать появления кодекса, содержащего избыток теоретического и догматического материала.

¹ «Успех Кодекса будет в значительной степени зависеть от власти, которой поручено его внедрение в практику, и действий министерских чиновников, которые будут работать ежедневно на его основе».

² «...Когда все, кто участвует в судебном разбирательстве, демонстрируют добрую волю и все постоянно работают для достижения этой цели».

Аналогичная пара создала так называемую штутгартскую модель (*Stuttgarter Modell*), ставшую результатом успешного изменения немецкого Гражданского процессуального кодекса (ГПК). Эта модель была создана благодаря сотрудничеству между Фрицем Бауэром, профессором процессуального права в Тюбингенском университете, и Рольфом Бендером, председателем суда Штутгарта. Результат этого сотрудничества наиболее сопоставим с нидерландской моделью «совещания по улаживанию спора» (*comparitie na antwoord – C&A*). После начальных стадий спора между сторонами – повестки в суд и предъявления обвинения – стороны должны предстать перед судьей, и урегулирование очень часто бывает достигнуто.

Наконец, процессуальное право заметно подверглось интернационализации и согласованию, в то время как ранее судебное разбирательство было прочно уложено в национальные законы и правила.

Первым признаком этого был очень интересный проект, который был разработан экспертами из стран Латинской Америки в сотрудничестве со странами Пиренейского полуострова, а именно *Codigo Iberoamericano*. Этот Кодекс был включен в полном объеме в закон Уругвая, в то время как некоторые его части были приняты в ряде стран Южной Америки.

Я сам впоследствии создал рабочую группу, которая сформулировала в интересах Европейской Комиссии ряд правил, нацеленных на согласование правил судопроизводства внутри Европейского Союза. Наиболее важным результатом нашего доклада, несомненно, стало общее понимание того, что на уровне ЕС должна быть создана общая юрисдикция для разрешения гражданских дел. Соответственно ряд нормативных актов ЕС был принят в последние годы в этом направлении. Например, на предмет мелких претензий, неоспоримых требований и т.д.

Тем не менее я опасаясь, что у политических деятелей ЕС отсутствует необходимое видение для того, чтобы представить согласованный набор общих процессуальных норм для ЕС (см.: M. Storme, *Harmonisation or globalisation of civil procedure?* // X.E. Kramer, C.H. van Rhee, *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague, 2012, p. 379 sq.; см. также: X. Kramer, *Procedural Matters, Construction and Deconstructivism* // *European Civil Procedure*, Rotterdam, 2012). Наконец, Общие принципы (*General Principles*) были сформулированы рабочей группой во главе с Джеффри Хазардом. Идея заключалась в том, что эти принципы должны соблюдаться в случае транснациональных судебных разбирательств.

(2) Ведущие ученые

В моем последнем обращении как профессора процессуального права я выразил особое восхищение юридической литературой, заявив, что «правовая литература — это академический рай, где наслаждаются максимально возможной свободой создания новых и оригинальных конструкций. Наши законодатели, с другой стороны, зависят от политических договоренностей, компромиссов и групп давления, в то время как суды должны принимать свои решения в рамках фактов и закона и не имеют возможности вынесения собственных постановлений, направленных на общее применение» (*Ik die bij de sterren sliep en 't haar der ruimten droeg: Metabletica van her procesrecht*, Ghent, 1995, p. 38). Я должен отметить, что в соответствии с российскими правилами гражданского процесса «общая применимость» (*Allgemeingültigkeit*) является одним из основополагающих принципов процессуального права (*Z.E.U.P.* (2012), p. 7 sq).

Все это объясняет мое двойственное отношение к юридической литературе. Как Янус, она имеет два лица — одно устремляет свой взор на науку, а другое — на юридическую практику.

Ученые, которые учитывают только юридическую практику, будут создавать работы, не имеющие научного значения. Тогда как, с другой стороны, если они ограничиваются теоретизированием в области права, то отрываются от реальности.

В этом заключается дилемма, лежащая в основе моего доклада.

Как только закон становится не более чем норма предписанной догматики и больше не рассматривается как наука, которая занимается реальностью повседневной жизни, он уподобляется предмету роскоши, а юридическая практика идет на спад. Мауро Каппеллетти мастерски описал этот процесс в своем предисловии к *Access to Justice*:

«Мы признаем, таким образом, что действительно есть опасность в принятии или даже предложении реформ воображаемой доступности правосудия. Наша судебная система была точно описана следующим образом: эта часто излишне «красивая» система, как правило, дает высокое качество правосудия только тогда, когда по той или иной причине стороны могут преодолеть значительные препятствия, которые она строит для большинства людей и многих видов требований. Подход, основанный на доступности правосудия, в своих попытках в комплексе преодолеть барьеры ставит под сомнение весь набор институтов, процедур и лиц, которые характеризуют нашу судебную систему. Риск, однако, состоит в том, что при ускоренном производстве и неграмотном персонале будет производиться дешевый и некачественный продукт. Этот риск следует постоянно иметь в виду.

Принятие продуманной реформы, учитывая риски, связанные с полным осознанием пределов и возможностей регулятивных процедур, а также юристов, является важным для теории доступности правосудия. Цель состоит в том, чтобы не сделать правосудие «бедных», а сделать его доступным для всех, в том числе для бедных. И если это правда, что эффективное, а не просто формальное равенство перед законом является основным идеалом нашей эпохи, то теория доступности правосудия может привести только к судопроизводству гораздо более «красивому», или лучшего качества, чем мы сейчас имеем».

Поэтому мы находимся перед призраком дихотомии между теорией и практикой (см.: J.P. Van Droogenbroeck, *Le Conseil supérieur de la Justice et la formation des magistrats* // M. Storme (ed.), *Le Conseil supérieur de la Justice, une évaluation après quatre ans*, Brugge, 2005, p. 79, 97). Поэтому мы определили это явление как одну из основных причин для исследования, так как в процессуальном праве это неотъемлемое звено между теорией и практикой.

(3) Участники процесса

Я твердо уверен, что участники процесса, адвокаты и судьи, являются основной причиной разрыва между теорией и практикой. Поэтому решение должно быть найдено вместе с ними.

(a) Адвокаты

Мы нуждаемся в эффективной и стимулирующей системе правового обучения. Акцент должен быть сделан на подготовку юристов, а не на преподавание закона.

Ведя мой курс процессуального права в Гентском университете, я всегда подчеркивал принципиальное различие между так называемыми процессуальными манипуляторами (*les procéduriers*), которые используют судебные процедуры для того, чтобы затянуть разбирательство и даже развалить его, и «процессуальными строителями» (*les processualistes*), т.е. теми, кто использует судебные процедуры для того, чтобы ускорить ход судебного разбирательства.

Итальянский судья Оберто, заместитель генерального секретаря Международной ассоциации судей, употребил несколько резких слов, обозначая проблему: *Vous ne pouvez même pas vous imaginer quelles ruses cette véritable armée (les avocats) élaborent afin d'arriver à joindre les deux bouts. Les milliers de procédures manifestement mal fondées... sans que contre ces véritables abus des procédures les juges n'ont n'aient le moindre remède¹* (*Le nouveau pouvoir judiciaire*, Décembre 2009, p. 39).

Может быть, в настоящее время слишком много адвокатов, учитывая, что существует прямая связь между количеством адвокатов и количеством судебных разбирательств? Похоже, что существует «судебный голод» в районах, где профессия адвоката превысила предложение. Если мы посмотрим на самые последние имеющиеся данные в Европе (СЕРЕЖ, доклад 2010 г., данные за 2008 г., гл. 12, с. 236 и след.) ясно, что наибольшие показатели в этом отношении характерны для Южной Европы. На каждые 100 000 жителей в Греции приходится 350 юристов, в Италии — 332, в Испании — 266 и в Португалии — 260, в то время как средний показатель составляет 120!

(b) Судьи

Хотя в первую очередь обязанностью судей является достижение справедливости, при этом существуют определенные сотрудники судебных органов, которые предпочитают писать свои решения в форме научной статьи.

Другие придерживаются мнения, что они должны играть свою роль в развитии общества. *Le phénomène Magnaud* — изречение французского судьи, который дал правотворчеству полную свободу, благоприятствуя более слабой стороне, — все это еще можно встретить в рядах современной судебной системы.

Иные злоупотребляют формализмом судебных процедур для того, чтобы продлить судебное разбирательство с целью таких ухищрений, как получение нового судебного разбирательства. Тем не менее существуют и другие факторы, которые объясняют, почему некоторые судебные разбирательства затягиваются на аномально длительный период времени. Способы, которыми факты, приведшие к спору, представляют в суд стороны и их адвокаты, иногда могут быть неполными и недостаточными.

Есть также суды, в которых нет предварительного судопроизводства вообще, и их организация становится непригодной, так как не способствует своевременному завершению судебного разбирательства.

(c) Отношения между адвокатами и судьями

Есть много стран, где эти две группы субъектов, хотя они и зависят друг от друга, стали полностью отчужденными друг от друга. Это, кажется, имеет место особенно

¹ «Вы не можете себе представить хитрые уловки, придуманные целой армией (адвокатов) для того, чтобы добиться того, чего они хотят. Есть тысячи очевидно необоснованных разбирательств...»

в Италии, хотя есть и другие страны, такие как Франция и Германия, где адвокаты и судьи образуют два отдельных мира.

Тем не менее они участвуют в одном и том же совместном проекте — по разрешению споров между людьми — настолько оперативно и справедливо, насколько это возможно.

Здесь не должно быть расхождений между обязанностью защищать и обязанностью судить.

(d) Стороны

Достаточно редко уделяется какое-либо внимание собственно сторонам дела, а ведь они, в конце концов, являются главными действующими лицами в судебном разбирательстве¹.

Именно они решают, нужно ли обращаться в суд; предоставляют необходимые доказательства; способны прекратить судебное разбирательство; используют средства судебной защиты, и т.д.

Из моего собственного опыта, а также на основе фактического анализа материалов дел я знаю, что многие задержки в ходе судебного разбирательства могут быть вызваны самими сторонами. Целью должно стать создание *homines novi processuales* (см. ниже).

Поиск подходящей стратегии

Подобно тому как некоторые растения приносят плоды лишь при условии, что они не слишком высоко вытянули свой стебель, так и в практических искусствах листья и цветы не стоит гнать слишком вверх, но следует держать их возможно ближе к их родной почве — реальному опыту

C. von Clausewitz, *On War*, Princeton University Press, 1976, p. 61.

Рассмотрев причины разницы в качестве между юридической наукой и судебной практикой, целесообразно искать пути преодоления этого расхождения.

Моя первая идея заключается в необходимости искать стратегию, которая может быть использована судебными органами в целях повышения качества юридической практики.

При этом я исходил из работ двух авторов: один из них — прусский генерал Карл фон Клаузевиц (*Carl von Clausewitz*), а другой — французский адвокат Жак Верже (*Jacques Vergès*).

А. Карл фон Клаузевиц

Во время моих лекций по гражданскому процессу я регулярно внушал своим студентам, что они могут извлечь больше пользы из перечитывания книги *Vom Kriege* («О войне») (1832–1834) прусского генерала и военного теоретика Карла фон Кла-

¹ «Принцип диспозитивности» был также введен в процессуальное право России в начале 1990-х годов (E. Kurzynsky-Singer, N. Pankevich, *Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener bestandteile einer Transformationsordnung* // (2012) *Z.Eu.P.* 7 sq.).

узевица, чем из чтения Судебного кодекса¹. Действительно, некоторые отрывки из этой работы можно читать как учебник по судебной практике, о чем свидетельствуют следующие отрывки: «Там, где существуют значительные возможности для свободы действий, а имеющиеся ресурсы слишком слабы для того, чтобы ускорить военную развязку, можно применить долгосрочную стратегию конфликта в целях достижения морального истощения противника или его ослабления».

«Если одна сторона обладает мощными ресурсами в своем распоряжении, а цель находится на слабой стороне, то одна лишь угроза развертывания этих ресурсов может убедить оппонента принять условия, которые стремятся навязать ему, и порой заставляют его просто отказаться от претензий на изменение *status quo*».

С другой стороны, есть также отрывок, который показывает, что выиграть судебный иск не всегда искомое решение: «Конечной целью войны является мир, а не победа, так как мир является ведущей идеей в политике, и победа на самом деле означает всего лишь достижение этого».

В вышеприведенных отрывках не вызвало бы удивления, если бы Клаузевиц использовал закон в качестве метафоры для войны. Закон, применяемый в качестве защиты адвокатами в суде, является не только продуктом совместной деятельности между двумя сторонами, как это бывает на войне, но и рядом общих правил, которые на практике постоянно меняются.

В *Vom Kriege* автор пытается построить мост между теорией и практикой.

Однако в конечном счете он выразил свои возражения военным теоретикам, которые возвышают правила до статуса догмы: «Они стремятся к достижению вечных ценностей, но во время войны все неопределенно, и важно производить расчеты с использованием переменных факторов» (Strachan H., *Vom Kriege van Clausewitz, een biografie*, Amsterdam, 2009, p. 78).

В. Жак Верже

Известный французский адвокат по уголовным делам однажды отметил разницу между *la stratégie de la connivence* (стратегией сотрудничества) и *la stratégie de la rupture* (стратегией противостояния).

Первая из них включает в себя стратегию адвокатов и судей, состоящую в том, чтобы относиться друг к другу с большой вежливостью и с чувством профессионального товарищества между адвокатами; они также идут навстречу друг другу, насколько это возможно, и они с легкостью совершают ходатайства, поручительства, отсрочки и т.д.

По отношению к судьям это проявляется в почтительности. Это воздержание от жалоб по получении информации об отложении разбирательства — иногда на несколько месяцев — и демонстрация невозмутимости, когда суд не спешит вынести свое решение.

Стратегия противостояния, с другой стороны, состоит в строгом соблюдении сроков и судебных формальностей, в возражении против каждого отложения, в отказе терпеть любые отклонения от установленных процедур, требуя вмешательства председателя суда при любой возможности, и т.д.

¹ См. также: R. Aron, *Penser la guerre, Clausewitz*, Paris; 1976; Carl von Clausewitz, *On war, a biography* / By H. Strachan, 2007.

Эта стратегия также включает в себя неуважительное поведение по отношению к судье, состоящее в критике каждого его действия, в просьбах к помощнику судьи записывать каждую выездную процедуру, в обращениях с жалобами к председателю суда, если хоть что-то пошло не так, и т.д.

Я лично полагаю, что есть третий путь — под названием *la strategie du respect* (стратегия взаимоуважения). Она включает в себя уважение оппонента, в то время как от него ожидается то же самое; уважение судей, в то время как от них ожидают того же; соблюдение правил гражданского судопроизводства, что означает соблюдение формальностей и одновременно уважение обоснованных правил, которое в свою очередь означает отказ от злоупотребления формальностями, и т.д.

Можно выделить несколько подходов в стратегии Жака Верже. Тем не менее, для того чтобы преодолеть разрыв между теорией и практикой, представляется более целесообразным составить список определенных мер.

Десять мер по преодолению разрыва между теорией и практикой

1. Практически во всех странах мира (в том числе в странах *BRIC*) в настоящее время сталкиваются со строгой экономией и другими ограничениями (R. Marcus, *Procedure time of austerity Report*, Heidelberg, 2001).

Это, естественно, также влияет на судебные бюджеты. Если государство не в состоянии обеспечить достаточные гарантии для реализации этой миссии, это означает, что гражданину в поиске справедливости придется внести собственный финансовый вклад, что сразу делает доступ к правосудию чрезвычайно трудным.

Тем не менее это еще не все. Если правовое государство, которое подрывает верховенство закона, больше не уважают, общество становится все более конфликтным и суды становятся перегруженными. Вывод ясен: строгое соблюдение основных правил правового государства имеет огромную пользу для бюджета.

2. Второе средство тесно связано с первым — граждане должны быть лучше подготовлены к решению своих проблем, будь то юридические или нет. Есть очень много случаев, когда этого можно достичь, — споры между соседями, трудовые отношения, семейные споры.

3. Правовое обучение должно ориентироваться не столько на обучение законам, сколько на подготовку юристов, которые должны стать «агентами мирных перемен» (P. Gilles, *Theorie und Praxis im Zivilprozessrecht*, München).

Закон является наилучшим инструментом для реформирования общества мирным путем. Юристы поэтому обязаны обеспечить оптимальное использование этого инструмента.

Это включает в себя составление четких и недвусмысленных договоров, осуществление примирения между сторонами, вовлеченными в спор, достижение того, чтобы язык закона был более доступен, и т.д.

Особое внимание следует также уделять подготовке судей. Сильная, креативная и независимая судебная власть является наилучшим гарантом адекватного судебного разбирательства.

4. Должно быть много синергии между всеми, кто участвует в судебном разбирательстве, — главным образом между адвокатами и судьями. Для этих лиц

остаются в силе пророческие слова Лео Розенберга, написанные в 1956 г.: *So liegt das Wesen des modernen Zivilprozesses in einer Arbeitsgemeinschaft von Richtern und Parteien, die dafür zu sorgen haben, dass dem Richter die sichere Finding der Wahrheit ermöglicht und in einem lebendigen Verfahren der Rechtsfriede unter den streitenden Parteien wieder hergestellt und damit der Frieden der Allgemeinheit gesichert werde*¹ (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München; Berlin, 1956, I, p. 6). В этой связи следует напомнить, что с реформами Лорда Вулфа английское гражданское процессуальное право стало «менее состязательным и более кооперативным».

5. Все это должно осуществляться в соответствии с установленными правилами и должно контролироваться на постоянной основе.

Роль наблюдателей, которые были без работы в течение длительного времени, приобрела первостепенное значение.

Председатели различных объединений адвокатов, а также председатели судов должны выступать «сторожевыми псами», следить за «своими» адвокатами и «своими» судьями, чтобы они вели себя правильно.

Это тем более актуально, что судьи благодаря своему независимому статусу не могут работать по иерархическому принципу и поэтому должны мотивировать себя.

6. Основные принципы судебной процедуры должны быть пересмотрены.

В прошлом я неоднократно выступал за перенос бремени доказывания — естественно, только в рамках гражданского судопроизводства. Таким образом, ответственность должны нести стороны, которые нарушили правопорядок, которые не выполняют обязательств по договору или которые нанесли ущерб. На протяжении XX столетия мы действовали в соответствии с принципом *actori incumbit probatio*, и число жалоб на медлительность судопроизводства продолжает снижаться (M. Storme, *Fundamentele beginselen van procesrecht en hun nut voor de harmonisering in Europa* // R. van Rhee, F. Stevens, E. Persoons, *Voortschrijdend procesrecht* (2001), Leuven, p. 207 sq.).

В том же ключе можно было бы выступать за изменение процессуальной нагрузки, или, как было предложено Жоржем де Левалем, *l'inversion du contentieux* (*Au sujet de l'inversion du contentieux* // *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des affaires*, Brussels, 1998, p. 211 sq.), как это произошло в Германии с введением упрощенного порядка рассмотрения дел о взыскании задолженности (*Mahnverfahren*), в соответствии с чем должник оспаривает требование, выдвинутое против него.

7. Для фон Клаузевица война была «просто хамелеоном, потому что она меняет свою природу в той или иной степени в каждом конкретном случае». Таким образом, как каждая война непохожа, так и каждый судебный иск отличен и, следовательно, должен рассматриваться на основе *ad hoc*. Некоторые споры требуют больше пространства, другие дают слишком много возможностей через процессуальные нормы затянуть судебное разбирательство. Можем ли мы не приводить в соответствие каждый судебный иск?

Принципиально новый подход может состоять в установлении рамок гражданско-правовых споров до передачи дела в суд (досудебное разбирательство сравнимо

¹ «Таким образом, суть современного гражданского процесса состоит в тесном рабочем партнерстве между судьями и сторонами, которые должны заботиться о том, чтобы дать судье возможность установить истину и чтобы в процессе живого разбирательства был восстановлен справедливый порядок в отношениях между сторонами спора и тем самым обеспечен мирный результат для всего общества».

с преддоговорным соглашением). Это может быть сделано до передачи спора в суд — если такой подход соответствует характеру и масштабам спора — с соблюдением при этом принципа «справедливого суда» во всем. Интересное применение этого подхода я нашел в недавней статье Ричарда Маркуса «Возрождение судебного контроля рассмотрения дел: Следствие. Преимущества классификации» (*Reviving judicial gatekeeping of aggregation scrutinising the merits of class certification // The George Washington Law Review*, 2011, vol. 79, No. 2, p. 324 sq.).

8. Несколько лет назад Европейский Суд по правам человека разъяснил, что право на обжалование не является общим принципом права.

Какое разумное объяснение может быть тому, что один и тот же спор между теми же сторонами, на основе тех же фактов и представления тех же аргументов — в большинстве случаев с участием тех же адвокатов — становится белым в первой инстанции и черным в апелляционной?!

Во всем мире технические процедуры в настоящее время изучаются для того, чтобы исправить это проклятие. Мы должны идти дальше по этому пути и резко сократить использование процедур обжалования.

9. Во многих странах считается, что негативный имидж судебного процесса — это частично заслуга средств массовой информации.

Очевидно, что никаких ограничений СМИ не может быть в любом случае.

Тем не менее стоит обратить внимание на англосаксонский принцип *sub judice*: «Каждый человек должен воздерживаться от публичного обнародования своего суждения по делам, которые находятся на рассмотрении в судах и по которым эти последние еще должны вынести свое окончательное решение» (M. Storme, *Over de noodzakelijke terughoudendheid der media in gerechtszaken. Sub judice principle revisited // Liber Amicorum Jozef van den Heuvel*).

Данный принцип, в сущности, потенциально препятствует выступлению людей в качестве коллективного судьи, главным образом в делах, связанных с судом присяжных. Это гарантирует беспристрастность судебного разбирательства и, следовательно, обеспечивает качество судебных решений. Такая беспристрастность ставится под угрозу средствами массовой информации, которые вторглись в залы судебных заседаний, как варвары — выражение, используемое Алессандро Баррико (Alessandro Baricco, *I barbari. Saggio sulla mutazione*, 2006).

10. И последний, однако немаловажный, пункт. Это та роль, которую играет наша Международная ассоциация процессуального права в этом контексте.

В 1980 г. английский биолог Руперт Шелдрейк развил учение о морфическом резонансе (*Morphic fields and morphic resonance, An introduction*, 2005).

Морфический резонанс — это явление, суть которого в том, что, если что-то случится где-то в космосе, шансы велики, что то же самое явление будет повторяться в другом месте. Самым простым примером служит кроссворд. Поскольку большинство людей решают кроссворды по вечерам, шансы велики, что, взятые все вместе, они добьются лучших результатов, чем по утрам, когда только несколько человек участвуют в этой деятельности.

Применение учения о морфическом резонансе в гражданском процессуальном праве дает результаты, которые, на мой взгляд, являются весьма впечатляющими.

В 1973 г. во Флоренции под руководством Мауро Каппеллетти был запущен проект по доступности правосудия. В предисловии к нему сказано: «В тот момент почти

не проводилось сравнительных исследований в этой области. С самого начала проект занимался не только изучением проблемы «доступности правосудия» в теоретическом аспекте; его метод заключался в поиске «перспективных решений», которые бы дали конкретные основы для новых обсуждений и способствовали дальнейшей реформе. Не снижая оценку предварительного проекта, отметим то, что сравнительное исследование различных «решений» может выявить основные качества, которые характеризуют эффективные реформы» (*Access-to-justice*, 6 parts, Milano, 1978, part I, p. IX).

В 1978 г. был опубликован целый ряд сравнительных исследований по доступности правосудия в самом широком смысле этого слова. В 1980 г. все мероприятия, включенные в симпозиум, проходивший во Флоренции, были задуманы как оценка и подведение итогов проведенных исследований.

В первый раз всему миру было представлено исследование, имевшее целью поиск путей совершенствования национального процессуального законодательства путем сравнительного анализа. Так родился феномен, известный как «применение сравнительного процессуального права».

Это был также период, когда процессуальное право стало предметом интереса во всем мире (R.C. Van Caenegem, *History of the European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, New York, 1973).

В 1977 г. первая Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права состоялась в Генте. Новые кодексы были повсеместно приняты, запущена была целая кампания, возглавляемая Алессандро Пессуа Вашем (*Alessandro Pessoa Vaz*), по переносу центра тяжести в характере судопроизводства с письменного на устный. Все это вдохновило симпозиум в Валенсии на девиз «больше голосов, меньше бумаги». Кроме того, тенденция к более активной роли судьи в ходе судебного разбирательства приобрела непреодолимый стимул со времен нашей Коимбрской конференции.

Мои выводы ясны. Благодаря морфическому резонансу деятельность нашей Ассоциации по всему миру помогает процессуальной практике и науке достичь совершенства.

Михаил Треушников¹

ЭВОЛЮЦИЯ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В НАЧАЛЕ XXI В.

Уважаемая конференция, уважаемые ученые и практикующие юристы в области гражданского судопроизводства разных стран и континентов!

Сердечно приветствую вас в столице России — городе Москве, в ее центре, недалеко от Кремля, красивейшего архитектурного сооружения мира и политического фундамента Российского государства с точки зрения управления обществом.

¹ Заведующий кафедрой гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ.

Выражаю искреннее удовлетворение тем, что Международная ассоциация процессуального права, созданная в 1948 г. в городе Болонья (Италия), собралась на свою XV Конференцию впервые в Москве. Для юридической общественности России это большое событие.

К моему приветствию присоединяются студенты и преподаватели юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова и кафедры гражданского процесса.

Не могу не поблагодарить Президиум Международной ассоциации процессуального права за принятое решение о месте проведения Конференции, за доверие к российским процессуалистам.

Спасибо сотрудникам кафедры гражданского процесса юридического факультета нашего университета профессору Дмитрию Малешину и доценту Наталии Бочаровой за огромную организаторскую и научную работу, обеспечивающую проведение этого форума и его секций.

Слова благодарности относятся ко всем участникам подготовки данного научного мероприятия, объединяющего известных представителей гражданской процессуальной мысли и судебной практики разных народов мира.

Выражаю надежду, что город Москва и москвичи вам понравятся и участники Конференции содержательно и интересно проведут время.

На правах принимающей стороны остановлюсь далее на эволюционных преобразованиях гражданского судопроизводства в России в начале XXI в. с учетом влияния и взаимодействия правовых культур народов планеты и многообразных научных школ.

Гражданское судопроизводство имеет в любой стране, если оно более или менее развитое, высочайшую социальную ценность и обеспечивает уверенность народа в защите своих прав, стабильность в обществе, уважение людей к власти. Применительно к России скажу, что судами, осуществляющими эту функцию, ежегодно рассматривается и разрешается очень большое число правовых конфликтов — гражданских дел. К примеру, в 2011 г. судами общей юрисдикции Российской Федерации рассмотрено и разрешено 12,5 млн гражданских дел. По данным последней переписи населения, в России более 142 млн жителей. Правда, наблюдается положительная тенденция к уменьшению количества судебных дел по отношению к 2010 г. В 2010 г. судами общей юрисдикции было рассмотрено и разрешено более 14 млн гражданских дел.

Я употребил впервые слова «суды общей юрисдикции» и хочу раскрыть некоторые юридические понятия, касающиеся устройства нашей судебной системы и гражданского судопроизводства, без понимания которых трудно объяснить основные этапы современного развития российского процессуального судопроизводства, его правового регулирования.

Российская судебная система состоит из трех подсистем: Конституционный Суд Российской Федерации, арбитражные суды и суды общей юрисдикции России.

Система арбитражных судов создана недавно, 20 лет назад, и в отличие от арбитражей зарубежных стран арбитражные суды Российской Федерации являются государственными, а не третейскими судами и разрешают экономические споры. Процессуальная форма их деятельности — гражданское судопроизводство (арбитражный процесс). Стержневой закон, регулирующий их деятельность, — Арбит-

ражный процессуальный кодекс. Он постоянно обновлялся. За десять лет — с 1992 по 2002 г. было принято три процессуальных кодекса (АПК РФ). Последнему АПК РФ исполнилось 10 лет.

Исторически не одно столетие существует в России система судов общей юрисдикции, которые разрешают преимущественно гражданские дела с участием населения. Эти суды также осуществляют гражданское судопроизводство, и форма их деятельности называется гражданским процессом. Основной закон, регулирующий эту деятельность, — Гражданский процессуальный кодекс. Гражданское судопроизводство России есть урегулированная различными процессуальными источниками права деятельность двух судебных подсистем — арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

Известно, что развитие научных представлений в области гражданского судопроизводства находит отражение в концепциях, т.е. в теории процесса. Если теоретические конструкции поддерживаются, одобряются правовым сознанием населения, законодателя, практикующих юристов, объединенных в разного рода корпорации, то они могут превратиться в судоустройственные нормы и нормы процессуального права, т.е. стать действующим регулятором общественных отношений в судопроизводстве.

Российская теория и практика гражданского судопроизводства основаны на постулатах, выраженных и сформулированных знаменитым российским ученым XIX в., автором трех курсов по гражданскому судопроизводству Кронидом Малышевым. Еще в 1876 г. в учебнике по гражданскому судопроизводству К. Малышев писал: «Как плод общечеловеческой культуры, теория процесса должна основываться на материалах всемирной истории и сравнительного правоведения и держаться постоянно на уровне современного сознания образованных народов. Но как наука по преимуществу практическая, она должна раскрывать нам проявление этого, развивающегося в отечественном сознании разума в действующем законодательстве страны и в русской судебной практике»¹.

Кроме отмеченных фундаментальных положений, использования опыта других стран современное российское гражданское судопроизводство имеет в основе развития, эволюции и собственную историю, менталитет народа, его правовые традиции и его правовую культуру.

В научной литературе отмечено, что ошибочным является смешение использования материалов всемирной истории и опыта правового регулирования судопроизводства тех или иных стран с механическим заимствованием и простым переводом на другой язык целых законов, отдельных институтов. Как правило, новеллы такого рода не приживаются на почве российской процессуальной системы.

После разъединения Советского Союза на ряд независимых государств Парламентской Ассамблеей стран СНГ (Санкт-Петербург) была предпринята попытка создания общего, модельного для всех этих стран гражданского процессуального кодекса. Но он так и не был принят, и государства (бывшие республики СССР) стали развиваться своим путем и приняли кодексы независимо от модельного. В их кодексах сохраняются общие черты и выражаются собственные представления о гражданском судопроизводстве. К примеру, процессуальная доктрина России

¹ [Малышев К.] Курс гражданского судопроизводства, сочинение Крониды Малышева. СПб., 1876. С. 2.

всегда склоняется к изучению принципов гражданского процессуального права, т.е. фундаментальных положений права. Мы относимся к семье континентального (романо-германского) права. Тем не менее Гражданский процессуальный кодекс ФРГ является кодексом, не содержащим программных положений. В нем нет разделов (книг), посвященных принципам процессуального права.

В ГПК РФ 2002 г. также нет специальной главы под названием «Принципы гражданского процесса», тогда как в ГПК Республики Казахстан и в Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь такие главы имеются (гл. 2 последнего).

Представляется, что метод сравнительного правоведения в условиях современности и глобализации предполагает необходимость прежде всего изучения общих для всех народов и процессуальных систем процессуальных ценностей. Такими ценностями являются общепризнанные и закрепленные в международных документах фундаментальные нормы (принципы) – принцип доступности правосудия, право на справедливое судебное разбирательство, разумные сроки рассмотрения и разрешения дел.

Процессуальные гарантии реализации этих интернациональных принципов являются различными в отдельных странах и создаются под воздействием своих национальных правовых школ, традиций, но при этом не исключается взаимодействие правовых культур, международного опыта.

Не так давно, 30 апреля 2010 г., под воздействием судебной практики Европейского Суда по правам человека (г. Страсбург) в Российской Федерации был принят Федеральный закон, которым в целях реализации принципа рассмотрения, разрешения дел и исполнения решений в разумные сроки и ускорения судопроизводства были внесены новые главы в Гражданский процессуальный и Арбитражный процессуальный кодексы РФ (гл. 27.1 АПК РФ и гл. 22.1 ГПК РФ), предусматривающие производство по рассмотрению заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного постановления в разумный срок.

Можно привести и другой пример на тему соотношения общих и национальных начал в гражданском судопроизводстве. Групповые (классовые) иски в гражданском судопроизводстве России не применялись и в науке не исследовались. Исследования по иску в российской правовой теории были близки или родственны германской правовой школе. По взглядам наших ученых и практиков, защиту нескольких субъектов в одном процессе следует осуществлять с помощью института соучастия. Таким образом развивалось наше процессуальное законодательство.

Идея групповых исков была отвергнута рабочей группой, занимающейся подготовкой Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации 2002 г.

Тем не менее идея групповых исков, характерных для судебной системы стран общего (англо-американского) права, овладела умами ряда российских процессуалистов, изучается ими. Она нашла практическую реализацию в гражданском судопроизводстве (арбитражном процессе). Федеральным законом от 19 июля 2009 г. Арбитражный процессуальный кодекс РФ был дополнен главой 28.2 «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц».

Развитие российского гражданского судопроизводства и правового регулирования этой сферы общественных отношений является неотъемлемым компонентом реализации судебной реформы в России.

Начало современной судебной реформы в нашей стране относится к 1991 г. Тогда была разработана и 20 лет назад принята законодательным органом — Верховным Советом РСФСР — концепция судебной реформы в Российской Федерации¹.

Известно, что судебным реформам в разных странах точно определяется только начало, поскольку завершение, как правило, не имеет определенных сроков. Завершение судебных реформ как бы отодвигается (переносится) на неопределенное время.

Окончания судебной реформы в России с 1992 г. не предвидится, так как законодательство о судостроительстве, статусе судей, уголовное, гражданское, трудовое, уголовно-процессуальное, гражданское процессуальное, арбитражное процессуальное право находятся в фазе постоянных изменений и дополнений.

На примере Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, его разработки и принятия продемонстрирую (покажу), что основным движущим началом (источником) обновления гражданского судопроизводства являлось устранение глубоких противоречий между регулятивным правом и процессуальной формой его защиты.

В 90-е гг. прошлого столетия в России произошли колоссальные экономические, политические, социальные изменения, закрепленные конституционным, гражданским, трудовым, налоговым, административным правом. От монопольной государственной собственности общество отказалось, и возникло многообразие форм собственности субъектов экономики. Конституция Российской Федерации закрепила право на обжалование действий (бездействия) органов государства, должностных лиц и т.д.

Началась интеграция российской правовой системы в международное правовое пространство.

Все эти тенденции учитывались в ныне действующих Арбитражном процессуальном и Гражданском процессуальном кодексах, со дня введения в действие которых исполнилось или исполняется 10 лет.

Важные для любой страны принципы доступности правосудия и ускорения процесса по гражданским делам решались в конце XX — начале XXI в. в России различными методами: организационными и процессуальными. К примеру, в судах общей юрисдикции был создан (некоторые юристы пишут восстановлен) институт мировых судей. Мировые судьи рассматривают и разрешают основной массив гражданских дел, которые являются бесспорными, по которым требования основаны на документах (приказное производство), семейно-правовые споры, споры по имущественным требованиям при цене иска, не превышающей 50 тыс. руб. В 2010 г., к примеру, к мировым судьям поступило 10 млн 640 тыс. дел.

В качестве меры ускорения процесса можно назвать правовое регулирование приказного производства, т.е. выдачи судом приказа на исполнение имущественных требований, указанных в законе, без судебного разбирательства. В арбитражном процессе в АПК РФ 2002 г. предусмотрено рассмотрение дел в упрощенном производстве (гл. 29).

При разработке важнейших процессуальных кодексов России учитывалось мнение наших зарубежных коллег по отдельным проблемам процессуального регламента судопроизводства. Проект гражданского процессуального кодекса Российской Федерации направлялся в 1999 г. французским юристам. Их экспертное заключение

¹ Путь к закону. М.: Городец, 2004. С. 9—12.

было получено 16 августа 1999 г. за подписью Председателя Суда большого процесса г. Парижа Жан-Мари Кулона¹. Были учтены замечания французских юристов применительно к усилению принципа состязательности, участию прокурора в гражданском процессе, ослаблению его роли в процессе и т.д.

Интеграционные явления в гражданском процессуальном праве России продолжаются. Убедительным примером этого служат факты изменения с 1 января 2012 г. апелляционного, кассационного и надзорного производства, т.е. производства в суде второй инстанции.

Апелляционное производство до этого времени существовало только по обжалованию не вступивших в законную силу актов мировых судей, а кассационное производство, в отличие от общепринятых представлений о нем, было рассчитано на обжалование не вступивших в законную силу актов всех других судов первой инстанции. С 1 января 2012 г. апелляция и кассация в России являются аналогичными общепринятым представлениям в других странах об этих судебных инстанциях. Правда, оценить эти нововведения с точки зрения применимости для нашей судебной системы и пользы для защиты права трудно. К примеру, большая отдаленность районных центров, где находятся суды первой инстанции, от областных центров — мест расположения судов апелляционной инстанции — может существенно влиять на отправление правосудия в апелляционном порядке по правилам производства в суде первой инстанции.

В России имеются труднодоступные районы, откуда до областных центров добраться тяжело, и будет проблема обеспечения участников процесса при рассмотрении и разрешении дела вновь.

Уважаемые участники Конференции! Обмен на этом симпозиуме научной информацией, общение ученых и практикующих юристов несомненно будут содействовать развитию научных исследований с помощью метода сравнительного правоведения и приведут к обогащению различных процессуальных систем.

Петер Гиллес (*Peter Gilles*)²

О ТЕМЕ МОСКОВСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА³

Предварительные замечания

Назначение выступающим с вводным докладом на очередной Международной конференции Международной ассоциации процессуального права (далее по докладу — МАПП) может быть, с одной стороны, большой честью, а также доставить огромное удовольствие. Но с другой стороны, это может стать и тяжким бременем,

¹ Там же. С. 595—612.

² Почетный член Правления Международной ассоциации процессуального права, профессор Франкфуртского университета им. Иоганна Вольфганга Гёте (Германия).

³ Перевод выполнен М. Панферовым (кафедра гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова).

в особенности на такой конференции, как наша сегодняшняя, в Москве, в 2012 г. Почему? По причине названия и главной темы Конференции: «Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст».

1. Главная тема и цели

На первый взгляд может показаться, что тема Конференции вполне обычная, одна из тех, к которым мы привыкли за продолжительную историю конференций МАПП. Но при более внимательном рассмотрении тема Конференции оказывается крайне серьезным и актуальным предметом для обсуждения, охватывающим множество проблем высокой сложности. Помимо этого указанная тема заставляет нас обратить внимание на вновь открывающиеся перспективы и требует нового подхода к гражданскому процессуальному праву, на это указывают слова «*в межкультурном пространстве*» (*cross-cultural dialogue*) в ее названии. Это неоднозначная фраза, в узком смысле она может означать буквально только двусторонний разговор, однако в более широком смысле — также многосторонние дискуссии и, возможно, споры и противоречия между кем или чем угодно, в том числе между нами здесь, в аудитории, между нашими народами, континентами и культурами.

Однако наиболее сложной для рассмотрения тему Конференции делает то, что все вышеописанное должно быть исследовано в *евразийском контексте*. Каковы были намерения организаторов при выборе подобной темы? И какими могут и должны быть *цели* настоящей Конференции и ее результаты? Ответы на эти вопросы мы можем найти в одном из предварительных уведомлений о проведении Конференции, а также вновь в официальной программе Московской конференции, которую я позволю себе процитировать дословно:

Конференция призвана обсудить вопросы развития гражданского процессуального права в различных обществах. Не только в хорошо изученных системах континентального и общего права, но и в разных странах Азии, Евразии и т.д. Гражданское процессуальное право в Европе и Северной Америке становится предметом изучения в огромном числе научных и практических работ. Мы обладаем большим количеством информации об этих правовых системах. Но мы знаем совершенно недостаточно о гражданском процессе остальных стран мира. Как применяется гражданское процессуальное право и каковы его основные принципы в других правовых системах? Культурологические особенности — это один из важнейших факторов, который отличает гражданский процесс этих стран. И именно поэтому возникает необходимость обсудить основные связи между различными системами гражданского процессуального права.

Нам всем крайне любопытно, как и в какой степени нашим основным докладчикам и докладчикам из конкретных стран удастся оправдать высокие ожидания организаторов, предполагаемые по умолчанию. Задачи, стоящие перед нами, колоссальны.

Поэтому, несмотря на то что я считаю себя одним из ключевых докладчиков, вы не должны ожидать глубокого, т.е. всеобъемлющего и убедительного, основного доклада, продолжительность которого в любом случае ограничена 15–20 минутами. Я могу предложить вам только некоторые размышления о ключевых направлениях и терминологии, упомянутой в общем названии Конференции. И даже в этом случае я задам больше вопросов, чем предоставлю ответов.

2. Ретроспектива

Вначале я хотел бы представить вам небольшую ретроспективу.

Что касается связи между гражданским процессуальным правом и культурой в целом и с правовой культурой в частности, то многие из вас вспомнят Международную конференцию в Мехико в 2003 г., основной темой которой была тема «Процессуальное право и правовые культуры», где со вступительной речью выступил Рольф Штюerner¹.

Кроме того, предметом исследований МАПП чаще всего становились темы гражданско-процессуальных правоотношений в аспекте тем «Правовые семьи», «Юридические объединения» или «Юридические стили», — вопросы, которые также имели выраженное культурное звучание. Это справедливо также и для часто обсуждаемых сходств и различий «общего права» («прецедентного права») и «континентального права» («кодифицированного права»). Упомянутая тема в последний раз обсуждалась несколько лет назад, на конференции МАПП в Торонто в 2009 г., где была специально выделенная подсекция «Культурные аспекты гармонизации законодательства», модератором которой выступал Петер Готвальд (*Peter Gottwald*).

В последний раз указанные вопросы обсуждались на промежуточной конференции МАПП в Буэнос-Айресе (Аргентина), в июне 2012 г. под общей темой «Коллективные судебные производства / Коллективные иски». На указанной конференции затрагивались в том числе такие вопросы, как «Коллективные судебные производства и коллективные иски с точки зрения систем общего и континентального права» (председательствующий Мануэль Ортельс Рамос (*Manuel Ortells Ramos*), докладчики Ада Пеллегрини Гриновер (*Ada Pellegrini Grinover*), Сэмьюэл Иссахаров (*Samuel Issacharoff*)), а также был представлен специальный доклад «Коллективные иски и производная от их применения культурная дилемма» (председательствующий Дженет Уокер (*Janet Walker*), докладчик Оскар Чейз (*Oscar Chase*)). Таким образом, необходимо отметить, что возможность применения коллективных исков является одним из основных критериев для разграничения гражданского процесса системы общего и системы континентального права².

На протяжении долгого времени участие наших российских коллег (впрочем, как и коллег из других восточноевропейских стран) и в международных конференциях МАПП (особенно более ранних), и в других международных мероприятиях было крайне редким. Кроме того, публикации наших российских коллег крайне редко появлялись в западноевропейских юридических журналах и сборниках статей на английском языке либо в переводе на английский язык (или на другие западноевропейские языки).

Таким образом, в значительной степени отсутствовала достаточно развернутая и точная информация о существующих в России и других восточноевропейских странах судебных системах и процессуальных нормах, включая нормы гражданского процесса. Но с некоторых пор и в настоящее время все больше и больше коллег из восточной части мира, в частности из России, не только принимают участие

¹ Rolf Stürmer, *Inaugural Speech «Procedural Law and Legal Cultures» — Introduction to the Overarching Topic of the Conference* // Peter Gilles, Thomas Pfeifer (eds.), *Prozeßrecht und Rechtskulturen / Procedural Law and Legal Cultures*, p. 8–30.

² Dmitry Y. Maleshin, *The Russian Style of Civil Procedure in Emory International Law Review*, vol. 21, p. 543–562.

в конференциях МАПП, но и публикуют все больше и больше детальных статей о российской системе гражданского судопроизводства в западных юридических журналах на английском языке. Благодаря таким нашим коллегам, как Дмитрий Малешин¹, Владимир Ярков², Мария Филатова³ и другим, уровень обмена знаниями и взаимопонимания неуклонно повышается.

Из числа этих новых публикаций я хотел бы выделить одно интересное утверждение коллеги Дмитрия Малешина о российской системе гражданского процесса, содержащее ответ на вопрос о том, к какой правовой системе она принадлежит: системе общего или континентального права. Предположив, что Россия сегодня обладает своей собственной и уникальной системой гражданского процесса, он ответил: «Ни к той, ни к другой».

Использование модели «или—или» и «ни—ни» приводит к тому, что кто-то может спросить: а почему бы не использовать «а также»?

Эти вопросы, касающиеся российской системы гражданского процесса, или, если использовать слова, аналогичные использованным в названии главной темы этой Конференции, проходящей в столице России, «российский контекст», должны быть и будут центром последующих докладов и дискуссий, но не только они.

Следующим ключевым словосочетанием, над которым стоит поразмыслить, является «евразийский контекст».

3. Евразия

Насколько мне известно, термин «Евразия» и связанные с ним аспекты никогда и нигде не были предметом внимания нашей Ассоциации. Я сейчас воздержусь от вопросов к уважаемым коллегам в зале, прежде всего к основным и национальным докладчикам, что, по их мнению, означает термин «Евразия» и что бы он мог или должен означать обычно. При ответе на эти вопросы некоторую помощь нам может оказать изучение объемной программы Московской конференции.

Если мы посмотрим на программу, то найдем список членов Совета, которые отвечают за определенные части мира, как, например, Оскар Чейз за Северную Америку, Ада Пеллегрини за Южную Америку, никто за Центральную Америку, Лоик Кадье за Европу, Масаиса Дегути за Азию, никто ни за Африку, ни за Аравийский полуостров, Дэвид Бэмфорд за Австралию, и — вот то, что мы ищем, — наш главный организатор, Дмитрий Малешин, очевидно, за «Евразию».

Это позволяет нам предположить, что уж, по крайней мере, его собственная страна, Россия, относится к территории Евразии.

Кроме того, мы можем найти термин «Евразия» и в описании секций 4 «Гармонизация гражданского процессуального права в Евразии» и 6 «Коммерческий арбитраж в Евразии». «Евразия» без дальнейших пояснений.

¹ Prof. Dmitry Y. Maleshin, *Some cultural characteristics of the new Russian code of civil procedure of 2002* // *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)*, vol. 10, 2005, p. 385–389; Prof. Dmitry Y. Maleshin, *The Russian Style of Civil Procedure* // *Emory International Law Review*, vol. 21, p. 543–562.

² Prof. Dr. Vladimir Yarkov, *Contemporary Problems of Russian Civil Procedure* // *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)*, vol. 10 2005, p. 371–383.

³ Ass.-Prof. Dr. Maria Filatova, *First Instance Proceedings in Russian Civil Litigation: Main Pillars and Paradoxes* // *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)*, vol. 15, 2010, p. 309–329.

Какие иные части мира, помимо России, могут или должны относиться к Евразии? Где заканчивается Европа и начинается Евразия, и где конец Евразии и начало Азии? К какой части, например, следует относить Турцию или Ливан с Израилем? К какой области мы будем относить такие страны, как Молдавия и Украина, ближайших соседей Румынии и Болгарии, которые, между прочим, являются восточноевропейскими государствами — членами ЕС? И в каких географических и культурных областях находятся такие страны, как Хорватия, Черногория, Босния и Герцеговина, Македония, Албания, Сербия и Косово?

Поиск ответов в Интернете, мы найдем простое объяснение, что Евразия является лишь собранным из двух континентов одним большим куском земной поверхности. Но это чисто геологическая и географическая точки зрения, и они не отвечают на наши вопросы. Быть может, более полезным будет использовать исторический, политический, социологический и/или культурный подходы, чтобы найти приемлемое определение Евразии. Тем не менее интересным представляется то, что из информации, найденной в Интернете о европейских странах, следует, что, например, территория европейской части Казахстана составляет примерно 5,4% от общей площади около 147 000 кв. км, в то время как Европейская часть России, как самой большой страны в мире, с площадью около 5 000 000 кв. км, составляет, по оценкам, примерно 23,16%.

Во время поиска в Интернете я нашел, кстати, очень интересные сообщения ведущих газет о намерениях и планах премьер-министра России Владимира Путина создать «Евразийский Союз» до 2015 г.

Европейский Союз (ЕС) должен служить в качестве образца для этого проекта, но без совершения всех давних и недавних ошибок ЕС. Похоже, что на первом этапе планируется создание Экономического Союза, а вовсе не воссоздание бывшего Советского Союза.

Так или иначе, создающийся Евразийский Союз стремится привлечь к членству большинство государств — членов бывшего Советского Союза и его республик. В период с 1956 по 1991 г. членами Советского Союза были Россия, Украина, Узбекистан, Казахстан, Белоруссия, Азербайджан (где в этом году пройдет конкурс «Евровидение»), Грузия, Таджикистан, Молдавия, Киргизия, Туркмения, Армения, Латвия, Литва и Эстония.

После распада Советского Союза Армения, Азербайджан, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Украина и Узбекистан создали так называемое Содружество Независимых Государств (СНГ). Среди них Украина является так называемым фактическим участником СНГ, поскольку не имеет статуса официального члена. Кроме того, Грузия вышла из СНГ в 2008 г., а три страны Балтии — Литва, Латвия и Эстония — стали тем временем членами Европейского Союза.

Какие из упомянутых стран мы можем в настоящее время отнести к Евразии, остается открытым вопросом. В любом случае мы не должны решать этот вопрос только по критериям государственных границ, политических интересов и существующих объединений, договоров, союзов и содружеств, но, напротив, должны основываться на рассмотрении и изучении европейской, евразийской и азиатской культур, их прошлого, настоящего и будущего.

Это подводит нас к следующему ключевому слову — «культура».

4. Культура и не-культура

Теперь некоторые замечания относительно ключевого слова «культура», о его значении в целом, о том явлении, которое рассматривается в качестве одного из самых важных факторов, определяющих системы гражданского процесса во всем их многообразии.

С моей собственной точки зрения, сейчас не имеет смысла искать всеобъемлющее и убедительное определение понятия «культура», с учетом ее теоретического и фактического значения.

В моем понимании культура является просто воплощением или объединением массы различных идеальных и реальных элементов, критериев, параметров или ячеек, таких как знания, образование, наука, навыки, происхождение, традиции, язык, письменность, искусство, музыка, архитектура, литература, обычаи, привычки, отношение, поведение, способности, мышление, чувства, образ жизни, этика, мораль, убеждения, философия, идеология, религия, мифы, форма правления, форма государственного устройства, разделение властей, политика, демократия, конституционное правление, правовое государство и многое другое, в том числе базовые общественные понятия, такие как индивидуализм, коллективизм, либерализм, коммунизм, социализм, капитализм и т.д.

И только одна отрасль культуры в целом — «правовая культура» как собирательный термин для юридических и правовых явлений, таких как юридические тексты, правовые идеалы, а также реалии, юридическая наука, юридическое образование и юридические профессии (нотариусы, прокуроры, адвокаты и судьи), правовые институты и организации и вся система правосудия, включая отправление правосудия, процессуальные нормы, и среди этих процедур система гражданского процесса, составляет главный предмет нашего интереса.

Когда представители юриспруденции, как мы с вами, имеют дело с каким-либо элементом культуры, легко заметить, что этот термин воспринимается в основном позитивно и часто связывается или ассоциируется с идеями цивилизации, гражданского общества, с высокоразвитыми странами и/или демократической ситуацией, что все вместе означает что-то вроде «хорошей культуры» и главным образом наблюдается и изучается культурными людьми, которыми мы, как я надеюсь, являемся.

Такой угол зрения не учитывает так называемой плохой культуры, антикультуры, или не-культуры, во всех ее негативных проявлениях, которые мы можем наблюдать во многих частях мира, и особенно наглядно сейчас во Внутренней и Северной Африке, на Аравийском полуострове, в Центральной Америке, Мексике и других странах.

Проявление «не-культуры» мы можем описать или хотя бы проиллюстрировать такими терминами и явлениями, как сепаратизм, империализм, терроризм, фундаментализм, расизм, деспотизм, фашизм, экстремизм, фанатизм, гражданская война, геноцид, переворот, путч, священная война, талибан, Аль-Каида, джихад, тирания, диктатура, военная хунта, однопартийные режимы, полицейское государство, мафия, Каморра, якудза, террорист-смертник, убийство чести, организованная преступность, бандитизм, система постоянной коррупции, «параллельное общество», теневая экономика, отмывание денег, наркокартели и синдикаты,

пиратство, торговля людьми и т.д. Все это звучит как вымышленный сценарий для фильма ужасов, но это реальность, которую мы каждый день можем наблюдать по телевизору.

Оценивая «не-культуру» с западной точки зрения, мы должны иметь в виду, что, например, правоверным мусульманином огромная часть западной культуры рассматривается, критикуется или даже осуждается в качестве проявления «не-культуры». Это касается особенно свободы вероисповедания, перехода в другую веру, смешанных браков и связей между верующими и неверующими, отношений между родителями и детьми, религиозного образования, феминизма, равенства полов, сексуальной свободы и т.д., т.е. тех явлений, которые в мусульманском обществе зачастую преследуются под угрозой смертной казни.

5. Межкультурный диалог (межкультурное пространство)

В связи с термином «межкультурный диалог» (диалог в узком смысле означает разговор между двумя людьми или сторонами) также термин «межкультурный» требует некоторых пояснений. В словарях мы находим несколько синонимов для слова «межкультурный», такие как «транскультурный», двух- или мультикультурный. Из этих выражений можно узнать по крайней мере то, что не существует единой цельной культуры, а имеется две или более культуры, или, другими словами, нет монокультуры, но есть «поликультура» или несколько культур в определенных частях мира, странах или на континентах, в нашем случае, в частности, в Евразии с ее как европейской, так и азиатской культурами в их дальнейшей дифференциации.

«Межкультурный» звучит как пересечение разных культур, но не обязательно предполагает столкновение между ними. С моей собственной точки зрения, в широком смысле «межкультурный» означает спокойное или параллельное существование бок о бок или даже мирное и дружественное сосуществование культур в сочетании и взаимодействии друг с другом. Однако и в этом случае нельзя исключить какой-либо конфликт, состязательность, враждебное отношение или даже конфронтацию между культурами.

Наконец, «межкультурный» может иметь смысл как смесь, конгломерат или плавильный котел разных культур и/или их ассимиляция.

6. Правительства и религии как детерминанты гражданского процесса

Что касается основных факторов, т.е. детерминант, влияющих на различные порядки гражданского процесса в мире, то можно с уверенностью говорить, что различные правовые культуры, включая систему правосудия и процессуальные нормы, соответственно судейский корпус и лиц, замещающих судейские должности, третью власть, которой отдано полномочие осуществлять гражданское судопроизводство, относятся к основным факторам создания, формирования и развития процедур судебного и внесудебного производства.

Известный ученый, чье имя я забыл, учил нас уже много веков назад: «Покажите мне свое гражданское процессуальное право, и я скажу вам, какая у вас политическая система».

Гораздо более значительными факторами являются различные типы правительств, исполнительная власть государства и государственные руководители во всем их многообразии.

В мире по-прежнему можно найти империи с императорами, королевства с королями и королевами, княжества с князьями, эмираты с шейхами во главе государства, в том числе судебной системы. Кроме того, мы можем найти все виды демократии с президентской или парламентской системами, а также диктатуры, олигархии, суверенов, автократов, народные республики, народных вождей, племенных вождей и иных всемогущих людей или всевластные институты, где исполнительная власть полностью доминирует над судебной системой, которая не имеет независимости вообще и которая в худшем случае находится в состоянии полной коррумпированности.

Помимо перечисленных существует множество других очень важных факторов, касающихся правосудия и процесса, которые зачастую неизвестны или игнорировались юристами. Этот недостаток информации или неведение контрастируют с тем, что мы живем в эпоху огромного возрождения религиозности во многих частях мира.

Помимо правительственных этими очень важными факторами являются различные религии, такие как христианство, иудаизм, православие, ислам, буддизм, индуизм и т.д., и иные различные конфессии, секты, религиозные верования и культы как элементы культуры или «не-культуры», для которых следующие слова являются иллюстрацией: теократия, государственная религия, исламизация, священная война, антисемитизм и т.д., а также Коран в качестве единственного источника права, шариат и в качестве действующих лиц священники, Кадис, муллы, имамы, муфтии, раввины, гуру, шаманы, которые выполняют все функции в качестве экспертов в области права и выступают в качестве судей также в отношении гражданских споров.

7. Принципы гражданского процесса

В последней части моего вводного доклада я хотел бы обратить внимание на главную цель этой Конференции, которая состоит в нашей обязанности сосредоточить свою теоретическую и практическую работу на «принципах» гражданского процесса и на этот раз не в рамках Северной Америки и Европы, но — как сказал бы коллега Малешин — в «Евразии, Азии и остальном мире».

Во всех обсуждениях нашей Ассоциации основных принципов гражданского процесса до сих пор, главным образом связанных с вопросами гармонизации, унификации, рецепции или трансплантации (*Transplantation*) в праве, эти принципы играли важную роль, определяя взаимодействие автономии участников дела, власти судей в качестве официальных участников и сил юристов — в качестве профессиональных участников.

СЕКЦИЯ 1. МНОГООБРАЗИЕ ФОРМ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ: ФОРМАЛЬНЫЕ И НЕФОРМАЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

Основной доклад

Профессор **Оскар Чейз** (*Oscar Chase*), вице-президент Международной ассоциации процессуального права, Нью-Йоркский университет (*New York University*)

Национальные доклады

- Италия: **Винченцо Варано** (*Vincenzo Varano*), **Алессандро Симони** (*Alessandro Simoni*), Флорентийский университет (*University of Florence*)
- Англия и Уэльс: **Нил Эндрюс** (*Neil Andrews*), Кембриджский университет (*Cambridge University*)
- Китай: **Джером Коэн** (*Jerome Cohen*), Нью-Йоркский университет (*New York University*)
- Россия: **Наталия Бочарова**, МГУ им. М.В. Ломоносова
- СНГ: **Цисана Шамликашвили**, Центр медиации и права
- США: **Кэрри Менкель-Мидоу** (*Carrie Menkel-Meadow*), Джорджтаунский университет (*Georgetown University*)

Оскар Чейз (*Oscar Chase*)¹

ОСНОВНОЙ ДОКЛАД²

В последние десятилетия XX в. мы стали свидетелями расцвета способов разрешения споров, альтернативных правосудию, осуществляемому государственными судами, подконтрольными государству и находящимися на его бюджетном финансировании. Национальные доклады известных ученых данной секции³ показывают,

¹ Профессор Нью-Йоркского университета (*New York University*) (США).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен доц. Н.С. Бочаровой (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ *Нил Эндрюс* (*Neil Andrews*) (Национальный доклад Англии и Уэльса) отмечает рост медиации в Англии, где с 2007 по 2009 г. число медиативных процедур возросло вдвое; *Наталия Бочарова* (доклад «Разрешение споров в России: на грани формальных процедур») указывает на принятие в России Федерального закона, посвященного медиации, в 2010 г. и соответственно на рост количества центров медиации и медиаторов; *Джером Коэн* (*Jerome Cohen*) (Китайский национальный доклад) указывает на отдельные положения Закона об уголовном судопроизводстве Китая, в котором впервые упоминается «примирение» как процедура, позволяющая разрешить отдельные уголовные дела; *Кэрри Менкель-Мидоу* (*Carrie Menkel-Meadow*) (доклад «Неформальное, формальное и «полуформальное» правосудие в США») определяет «полуформальное» правосудие в США; *Винченцо Варано* и *Алессандро Симони* (*Vincenzo Varano*

что развитие несудебных форм разрешения споров ничуть не приостановилось и в начале нового века.

Один из отличительных признаков таких альтернативных способов разрешения споров – неформализованность их процедур, по крайней мере по сравнению со строго формальным государственным правосудием. Эта особенность явилась предметом детального изучения со стороны процессуалистов; некоторые из них видят только ее достоинства, некоторые ее критикуют и большинство выделяют как ее преимущества, так и недостатки. Национальные докладчики, заостряя внимание на различных аспектах природы негосударственных процедур разрешения спора, их преимуществах, недостатках и их, возможно, непредсказуемом экономическом и политическом влиянии, способствовали плодотворности давней дискуссии о выборе формального или неформального механизма разрешения споров. Докладчики рассматривают способы разрешения споров во многих различных юрисдикциях, что делает нашу коллективную работу более ценной.

Любая дискуссия, касающаяся выбора формальных или неформальных процедур разрешения споров, сталкивается с невозможностью четкого разделения способов разрешения споров исключительно на две категории. Каким образом каждая конкретная процедура должна быть классифицирована? Какие признаки помогут нам отнести тот или иной способ разрешения споров к формальным или неформальным процедурам? Есть ли какие-то определяющие характеристики? Достаточно просто относить к формальным процедурам любой процесс, происходящий в государственном суде с участием должностного лица, называемого судьей, и, соответственно, все остальные процедуры разрешения споров считать «альтернативными способами», обозначая их как «неформальные». Сложность разделения формальных и неформальных процедур состоит в том, что формальные и неформальные процедуры в чистом виде уже не существуют, так как имеют тенденцию заимствовать друг у друга отдельные элементы. Ярким примером такого процесса является уголовное судопроизводство в США. Нормы уголовного процессуального законодательства строго формальны и императивны. Но на практике около 90% уголовных дел разрешается путем сделок между обвиняемым и прокурором (*plea bargaining*), которые являются результатом переговоров прокурора и представителя обвиняемого. Данные переговоры по своей сути – крайне неформальный процесс. Профессор Коэн указывает в своем докладе, что в законодательство Китайской Народной Республики недавно были внесены изменения, которые ввели в уголовный процесс институт примирения для отдельных категорий уголовных дел, являющийся примером неформальных процедур.

Одновременно в сфере альтернативных способов разрешения споров мы можем найти примеры заимствования формальных процедур. Так, коммерческий арбитраж в значительной мере характеризуется достаточно формальными процедурами, которые обычно ассоциируются с классическим правосудием. Даже медиация, обычно рассматриваемая как процедура менее формальная, нежели арбитраж,

и *Alessandro Simoni*) (Итальянский национальный доклад) указывают, что итальянское законодательство устанавливает медиацию как обязательную досудебную процедуру по большому количеству споров, в том числе споров из дорожно-транспортных происшествий, аренды, врачебных ошибок, страхования, банковских и страховых договоров и др. Но в то же время отмечают, что практики обращаются к таким неформальным и быстрым техникам с «некоторым недоверием».

может быть формализована с помощью отдельных норм. Доцент Н.С. Бочарова приводит пример такой формализации медиации в России, где недавно был принят Федеральный закон, подробно регулирующий процесс медиации.

Различия в правовых системах отдельных государств также заставляют нас избегать слишком простых, двучленных классификаций. Гражданский процесс Германии, к примеру, может быть расценен как в высшей степени неформальный при сравнении с гражданским судопроизводством в США. Нормы, регулирующие роль судьи и сторон в состязательном процессе в Германии, гораздо менее строгие, а предмет доказывания в процессе в большей степени формируется из объяснений сторон и показаний свидетелей при незначительном судебном руководстве. В США, напротив, техника судебных «вопросов — ответов», регулируемая многочисленными нормами, касающимися процесса доказывания по делу, является крайне строгой и жесткой.

В некоторых национальных докладах, подготовленных для данной секции, указывается на наличие проблем в толковании и понимании различных способов разрешения споров. Так, в национальном докладе двух соавторов из Италии профессоров Варано и Симони отмечается, что в Италии достаточно много «негосударственных» способов разрешения споров, которые являются альтернативой государственному суду, но в то же время строго формальны по своей сути. Итальянское право признает такую возможность и разделяет третейское судопроизводство на *arbitrato rituale* и *arbitrato irrituale*, в зависимости от степени формализованности процесса. В части доклада, посвященной так называемым традиционным способам разрешения споров, авторы указывают, что даже культурные или этнические группы, использующие традиционные способы разрешения споров, со временем приходят к такой степени формализованности и урегулированности этих процедур, что исследователи позволяют себе говорить о системе норм, регулирующих эти процедуры, как о системе права.

Профессор Менкель-Мидоу отдельно останавливается на проблеме классификации способов разрешения споров. В своем докладе «Формальное, неформальное и «полужформальное» правосудие в США» она выстраивает способы разрешения споров в единую линию, избегая какой-либо классификации. Докладчик выделяет ряд признаков, которые указывают на формализованность процесса. Профессор Менкель-Мидоу отмечает, что к основным признакам формального правосудия можно отнести:

- формальные и четкие *правила судопроизводства*, известные сторонам, включающие в себя нормы о доказывании и распределении бремени доказывания;
- транспарентность/*гласность* процесса;
- *объективность и беспристрастность* как в вопросах права (для судьи), так и в вопросах фактов (для присяжных);
- *доступность информации*, получаемой от всех лиц, участвующих в деле (в том числе показания под присягой);
- *законность* судебных решений, в которых
- *официальные должностные лица (судьи) или их представители (жюри)* восстанавливают нарушенное право;
- *доступность (открытость)* судебных решений, содержащих мотивированное правовое обоснование, понятное сторонам и другим лицам при рассмотрении аналогичных споров;
- *возможность пересмотра принятых решений* в случаях судебной ошибки и нарушения норм материального и процессуального права.

Деление способов разрешения споров на формальные и неформальные, рассматриваемое абстрактно, не позволяет нам сделать вывод об их достоинствах и недостатках. Необходимо понимать, какой аспект формальной процедуры используется в том или ином способе разрешения споров; какова цель использования того или иного способа разрешения спора; в чем состоят цели, которые мы собираемся достигнуть. Стоит отметить, что мы должны принимать во внимание преимущества и недостатки каждого конкретного способа разрешения спора вне зависимости от того, формальный он или нет. Профессор Эндрюс в своем докладе останавливается на медиации как способе разрешения споров в Англии. Он объясняет рост популярности медиации в первую очередь недостатками государственного правосудия. Он отмечает, что последнее:

- является непредсказуемым и тяжеловесным, а также причиной излишних расходов и задержек при разрешении споров;
- предоставляет лично сторонам мало возможностей для участия в разрешении спора (в отличие от их представителей);
- характеризуется тем, что решение по делу всегда выносится только в пользу одной стороны спора;
- обеспечивает гласность и открытость правосудия для всех лиц.

В то же время другие докладчики отмечают, что альтернативные способы разрешения споров облегчают бремя, которое несут государственные суды. Согласно докладу профессоров Варано и Симони, альтернативные способы разрешения споров уменьшают нагрузку на государственные суды, которые просто не справляются со все растущей «потребностью в правосудии». Они добавляют, что во многих случаях арбитраж и примирительные процедуры обеспечивают более быстрое и менее дорогостоящее разрешение спора, нежели процесс в государственном суде. Профессор Менкель-Мидоу полагает, что существуют по крайней мере два вида причин для обращения к альтернативным или менее формальным процедурам разрешения споров:

- «количественные» причины, связанные с такими требованиями к разрешению споров, как доступность, экономичность, быстрота и эффективность, а также
- «качественные» причины, связанные с возможностью прямого участия сторон в рассмотрении спора, а также с возможностью сторон предложить свой компромиссный вариант разрешения спора, отличный от правила «выигрывает только одна сторона», действующего в государственном правосудии.

В национальных докладах также поднимается смежный вопрос о роли культурных традиций, которые существовали для многих поколений и которые продолжают оказывать влияние на современные способы разрешения споров. Такие культурные особенности проявляются либо при применении особых процедур разрешения конфликтных ситуаций отдельными этническими или национальными группами, или в рамках того влияния, которое они оказывают на современные формальные и неформальные способы разрешения споров. Так, профессор Симони в своем докладе описывает традиционные неформальные средства разрешения споров, используемые однородными социальными группами (к примеру, народности Сардинии или Албании). Профессор Коэн указывает на связь между теми усилиями, которые предпринимаются в Китае для законодательного закрепления и использования неформальных процедур, и традицией конфуцианских учений,

основанных на принципах гармонии и достижения консенсуса при разрешении споров. Доцент Н.С. Бочарова также отмечает, что в России до сих пор существуют способы разрешения споров, связанные с традициями религиозных или национальных групп. Доктор Шамликашвили в своем докладе описывает традиционные неформальные процедуры разрешения споров, которые превалируют в бывших советских республиках¹.

Национальные докладчики не оставили без внимания и отдельные недостатки неформальных, внесудебных способов разрешения споров в сравнении с государственным правосудием. Профессор Эндрюс отмечает, что суды необходимы для разрешения споров, в которых требуется сила государственного принуждения, к примеру, для привода свидетеля, наказания за лжесвидетельство, исполнения судебных решений, а также для защиты сторон от злоупотреблений со стороны участников процесса. Профессора Варано и Симони выражают обеспокоенность, что экспансия альтернативных способов разрешения споров приведет к ограничению доступности правосудия путем установления дополнительных барьеров, которые необходимо будет преодолеть до обращения в суд. Профессор Минкель-Мидоу сомневается в эффективности частных неформальных способов разрешения споров в системах, где нормы права вырабатываются судебной практикой. Профессор отмечает, что возрастающая сложность, дробление и дифференциация процесса теоретически угрожают таким принципам правосудия, как *стабильность, транспарентность и ясность процедур, компетентность, равенство, социальное единство и справедливость судебных решений*».

Выводы и заключение

Любые реформы являются результатом пересекающихся и зачастую конфликтующих культурных, политических и экономических сил, и сфера разрешения споров не является исключением. Ранее я уже обосновывал, что движущей силой развития альтернативных способов разрешения споров в США и других странах являются потребность в облегчении бремени государственных судов от растущего количества рассматриваемых дел, общая политическая тенденция по передаче части государственных функций в частные руки, а также контркультурализм 1960–1970-х гг., одобряющий антиавторитаризм, антиинтеллектуализм, коллективизм, поддерживаемый многими сторонниками внесудебных способов разрешения споров². Теряем ли мы веру в государственное правосудие? Как человек, который начал изучение права через десятилетие после вынесения решения по делу *Браун v. Департамент образования*³ и в то время, когда Верховный суд США возглавлял Эрл Варрен, я усвоил, что государственное правосудие является надежным бастионом против худших проявлений нарушения прав. Являясь сторонником этой точки зрения, я не принимаю таких проявлений неформальных способов разрешения

¹ Шамликашвили Цисана. Национальный доклад СНГ (рассматривает историю развития системы способов разрешения споров в Белоруссии, Литве, Туркменистане, Молдавии и Украине).

² Oscar G. Chase, *Law Culture and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*, New York University Press, 2005, p. 94–110.

³ 347 U.S. 483(1954).

споров, которые ограничивают доступность судебной формы защиты. Яркими примерами такого ограничения в США является серия решений Верховного суда, которыми оставлены в силе арбитражные решения, вынесенные против работников, некрупных инвесторов, потребителей, подписавших арбитражное соглашение, не осознавая до конца всех возможных последствий. В данном случае речь идет скорее об экономических интересах, нежели о благородных целях введения менее формальных процедур.

Наряду с теми тенденциями, которые отмечены в национальных докладах относительно формальных и неформальных процедур, необходимо также вспомнить, что данные тенденции развиваются параллельно другому важному течению — созданию системы судов для защиты конституционных прав. В научной литературе описаны три «волны» создания конституционных судов: первая — в Австрии, Германии и Италии, сразу после Второй мировой войны, вторая — в Испании и Португалии, после падения фашистских режимов в 1970-х гг.¹ и, наконец, создание конституционных судов в постсоветский период. Здесь также можно добавить Конституционный суд Южной Африки, созданный после периода апартеида, и конституционные суды, которые сформировались после Второй мировой войны в Индии, Японии, Пакистане, Корее и на Тайване. Процесс рассмотрения дел в конституционных судах всегда строго формален. Рассматривая процесс создания конституционных судов совместно с тенденциями развития неформальных процедур, которые обсуждались выше, мы можем утверждать, что в данном случае необходимый баланс формальных и неформальных процедур может быть обеспечен. Будет ли он обеспечен, зависит от нас, мои дорогие друзья, ученые-процессуалисты. Среди множества задач, которые стоят перед нами, определение и защита границ между формальным и неформальным при разрешении споров является основной.

**Винченцо Варано (*Vincenzo Varano*),
Алессандро Симони (*Alessandro Simoni*)²**

ИТАЛЬЯНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

Наш доклад посвящен неформальным процедурам, сосуществующим с формальным рассмотрением споров. К данной тематике относятся как более пространные техники альтернативного разрешения споров, такие как процедуры примирения и посредничества или неформальное арбитражное разбирательство, так и «традиционные» процедуры, используемые национальными и иными однородными социальными группами для разрешения внутригрупповых споров. Мы понимаем, что неформальный характер процедуры является основной характеристикой, на которую мы ориентируемся, поэтому мы решили исключить из нашего доклада ряд

¹ John Ferejohn, *Constitutional Review in the Global Context* // 6 N.Y.U.J. Legis. & Pub. Pol'y 49, 50 (2002).

² Профессора Флорентийского университета (*University of Florence*) (Италия).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен доц. Д.А. Тумановым (МГЮА им. О.Е. Куфаина).

способов разрешения споров, которые находятся за пределами действия государственного механизма гражданского правосудия, однако при этом являются достаточно формальными. Достаточно упомянуть здесь церковные суды, к юрисдикции которых относятся определенные вопросы, связанные с разрешением мирских действий (например, расторжение религиозных браков); органы и процедуры, используемые спортивными лигами для урегулирования внутренних споров, или же внутренние трибуналы для членов профессиональных ассоциаций. Это верно и в отношении судебных дел, которые могут рассматриваться определенными независимыми органами, например, органом по защите персональных данных, органами связи, органами электро- и газоснабжения¹.

С учетом вышесказанного по замыслу нашего исследования мы решили разделить доклад на две отдельные части. Первая часть (автор В. Варано) дает представление о наиболее распространенных неформальных подходах к альтернативному разрешению споров в Италии, а также об отношении к ним; во второй части доклада (автор А. Симони) предпринята попытка оценить, насколько в Италии распространены формы традиционного правосудия в группах, по различным причинам склонных избегать (как минимум в определенной степени) взаимодействия с государственным механизмом осуществления правосудия путем использования техник разрешения споров, которые определенным образом могут быть точно предварительно определены и превращены в ритуал, однако при этом основываются на культурных предпосылках, радикально отличающихся от таковых для государственного правосудия и поэтому определенно являющихся «неформальными» с этой точки зрения.

I. Альтернативные подходы к разрешению споров

1. Развитие процедур альтернативного разрешения споров: различие отношения гражданского права и общего права

Сравнительный опыт показывает, что даже в странах, где установлены формальные процедуры разрешения споров, широко распространен переход к альтернативным методам, которые дополняют формальный судебный механизм осуществления правосудия. Если попытаться классифицировать различные значения выражения «альтернативное разрешение споров», возможно, имеет смысл сказать, что в то время, как все такие процедуры нацелены на разрешение споров без обращения к обычному судопроизводству, некоторые из них не имеют с судопроизводством ничего общего и относятся исключительно к частной сфере. В самом деле, некоторые споры могут быть разрешены с использованием различных техник, имеющих строго частную договорную природу. Это верно также для тех случаев, когда такие системы определенным образом оформлены организационно, например, когда банки, страховые компании и коммунальные предприятия предлагают своим клиентам возможность на дружественной основе разрешать споры, которые могут возникать в связи с оказываемыми ими услугами. Такие подходы определенно

¹ О таких «административных альтернативах» обычному судопроизводству см.: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. V: La risoluzione non giurisdizionale delle controversie, 6th ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 207–232. Решения органов власти подлежат контролю со стороны обычных судов.

используются в Италии, хотя, наверное, в меньшей степени, чем в рамках других правовых систем. Поскольку такие подходы развиваются исключительно в частной среде, практически невозможно оценить их распространение.

Развитие процедур альтернативного разрешения споров (АРС) обусловлено несколькими причинами. Мы считаем, что, с одной стороны, непосредственной целью таких процедур является снятие нагрузки с официального механизма осуществления гражданского правосудия, который попросту не может удовлетворить растущий «спрос на правосудие» в количественном отношении. С другой стороны, также важно понимать, что правосудие не обязательно должно осуществляться только в судах, оно может осуществляться «во многих местах»; идея заключается в том, что многие подходы к АРС, в частности процедуры примирения и посредничества, вносят разнообразие и обогащают возможности правосудия, при этом они лучше подходят для выработки удовлетворительных решений определенных категорий правовых споров.

Не все правовые системы относятся к бурному развитию процедур АРС одинаково благоприятно. Хотя общая тенденция очевидна и развитие таких процедур хорошо принимается в странах общего права — возможно, благодаря тому, что в культуре таких стран обращение в суд всегда рассматривалось как нечто экстраординарное со стародавних времен, — в странах гражданского права, и в частности в Италии, превалирует иное культурное восприятие. Это связано с важностью судебного решения как способа разрешения споров. Право подачи иска рассматривается как право на рассмотрение спора судьей и вынесение судебного решения. В Италии, в частности, такое отношение подкреплено ст. 24 Конституции, которая гарантирует физическим лицам право на судопроизводство и защиту в суде их прав и законных интересов.

Некоторые специалисты по гражданскому праву глубоко возмущены развитием процедур АРС. Например, Уго Маттеи недавно написал: «Рождение индустрии АРС изменило вопрос об обращении в суд, ограничив, насколько это возможно, доступ в суды общей юрисдикции»¹. Профессор Линдблом, возвращаясь к «трем волнам» широко известного проекта Каппеллетти «Доступ к правосудию», опасается, что «третья волна» доступа к правосудию, т.е. волна АРС, может превратиться в «цунами»; АРС может оказаться троянским конем в поле доступа к правосудию, кукушкой в гнезде разрешения споров. Надежды на то, что АРС всего лишь дополнит, а не заменит собой обычное гражданское судопроизводство, могут «выйти боком»². С другой стороны, такие специалисты, как Нил Эндрюс, разделяют точку зрения, в соответствии с которой обыкновенное гражданское судопроизводство само по себе сейчас является «альтернативной процедурой разрешения споров», а судопроизводство должно служить последним средством разрешения споров³.

¹ U. Mattei, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?* // K. Boele, W., S. Van Erp (eds.), *General Reports to the XVII Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 385.

² P.H. Lindblom, *La risoluzione alternativa delle controversie — l'oppio del sistema giuridico?* // *L'altra giustizia* / Ed. V. Varano, Milano, Giuffrè, 2007, p. 233.

³ N. Andrews, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra* // *L'altra giustizia*, cit., p. 18. Тот же автор ссылается на суды как на последнюю инстанцию, подразумевая то, что суд является последним средством разрешения споров, а не то, что суды являются последней инстанцией, а также говорит об «отказе от публичного рассмотрения споров» (см.: Eiusdem, *The Modern Civil Process*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, особенно в ч. I).

Итальянская правовая система отражает общую культуру гражданского права, поэтому хотя формальная система осуществления правосудия далеко не эффективна, а в среднем обычный гражданский процесс может занимать около 10 лет в суде первой инстанции, апелляционном суде и суде последней инстанции — кассационном суде¹, обращение к менее формальным и быстрым процедурам разрешения споров все еще вызывает сомнение, даже если единственной целью такого обращения является снижение нагрузки на обычные суды.

В этой связи следует, например, отметить, принятие закона от 21 ноября 1991 г. № 374 о введении нового суда первой инстанции для относительно небольших гражданских исков и мелких уголовных правонарушений. Его сотрудниками стали почетные мировые судьи, которые при этом, однако, должны были иметь степень в области права и получать вознаграждение в соответствии с проделанной работой. Процедура, прописанная законодателями, не имела того неформального характера, который рекомендовали для нее многие специалисты, а скорее была похожа на процедуру в вышестоящих судах, поэтому она была обречена стать долгой, нефокусированной, формалистической и неэффективной, как и ее предшественницы. Возможно, по этой причине стороны должны действовать через адвокатов, если сумма спора превышает достаточно обычную сумму спора в размере 500 евро². В любом случае мировые судьи успешно освободили обычные суды первой инстанции от достаточно значительной нагрузки, хотя имеются признаки вызывающего беспокойство увеличения объема невыполненных работ и сроков задержки³.

Несмотря на вышесказанное, которое следует иметь в виду, безусловно, в Италии растет интерес к механизмам альтернативного разрешения споров — более или менее традиционным, более или менее неформальным, более или менее эффективным.

Мы не будем рассматривать формальные арбитражные процессы, которые являются старейшим, хотя и далеко не неформальным, подходом альтернативного правосудия. При этом, однако, следует отметить несколько моментов. Во-первых, хотя арбитражный процесс является дорогостоящим и формальным, он, безусловно, представляет собой более эффективную, быструю и конфиденциальную альтернативу обычному судопроизводству из-за задержек и технических сложностей последнего. По этим причинам в Италии, как и везде, долгое время арбитражный суд являлся предпочтительным способом разрешения споров в деловом сообществе. Предпочтительность обращений в арбитражный суд нельзя точно выразить на количественном уровне, поскольку такие обращения не отражаются в статистических

¹ Подробную информацию и некоторые статистические данные см.: V. Varano, A. De Luca, *Access to Justice in Italy*, 2007, para. 1 // *Global Jurist*, vol. 7: Iss. 1 (Advances), Article 6, доступно по адресу: www.bepress.com/gj/vol7/iss1/art.6.

² Практикующие юристы, количество которых в Италии слишком велико, также несут ответственность за формализацию мировых судей. Во-первых, адвокатские организации оказали сильное давление и добились того, чтобы практикующие адвокаты имели право назначения на должность при условии, что они не выступали в роли адвокатов в суде, в котором они должны выполнять свои правовые функции. Во-вторых, также понятна их заинтересованность в обязательном судебном представительстве в новом суде. Пожалуйста, примите во внимание, что занято только 2386 позиций мировых судей из 4690, имеющихся по закону, — недостаток персонала, который в общем характерен для управления судебной системой: среди обычных гражданских и уголовных судей имеется 1217 вакансий при общем количестве позиций 10 151.

³ См.: V. Varano, A. De Luca, *Access to Justice*, cit., p. 11, fn. 47 и соответствующий текст.

исследованиях. Во-вторых, исходные положения ст. 816–840 Гражданского процессуального кодекса (ГПК) были изменены с принятием нескольких законодательных актов и практически полностью пересмотрены и переписаны в законодательном акте от 2 февраля 2006 г. № 40. Конечным результатом вышеуказанных реформ является более благоприятное отношение правовой системы к арбитражу¹.

2. Неформальный арбитражный процесс (*arbitrato irrituale*)

Помимо арбитража, называемого «формальным» (*rituale*), который мы упоминали выше, имеются иные способы разрешения споров, которые относятся к тому же типу, поскольку они приводят к вынесению решения/определения в отношении спора одним или несколькими третьими лицами, выбираемыми сторонами спора.

Первый тип таких процедур — так называемый неформальный, или «свободный», арбитражный процесс (*arbitrato irrituale* или *libero*), который не следует правилам «формального» арбитража (*arbitrato rituale*) и полностью зависит от сторон процесса. В нескольких законодательных актах упоминаются отдельные случаи *arbitrato irrituale*, однако основные свойства данного вида арбитража описаны в ст. 808 ГПК. Данное положение указывает: стороны по отдельному письменному соглашению могут установить, что споры подлежат разрешению арбитрами на основе «договорного определения». Под этим выражением законодатель подразумевает просто договорную природу данной формы арбитража в отличие от правовой природы решения арбитражного суда. Иными словами, арбитр(ы) имеет(ют) своей задачей «определение» взаимоотношений сторон, эквивалентных договорному соглашению, которое стороны могли бы достичь самостоятельно. Вследствие этого «договорное определение» в результате «неформального арбитража» не имеет последствий, характерных для судебного решения (возможность приведения в исполнение, судебный прецедент). Оно может быть объявлено ничтожным и недействительным судьей в ходе обычного судопроизводства по причинам, указанным в ст. 808, абз. 2.

Арбитражный процесс, обычно основанный на процедуре «неформального арбитража», в настоящее время может использоваться также и для разрешения трудовых споров согласно положениям ст. 412–412-*quater* ГПК с изменениями, внесенными законом от 4 ноября 2010 г. № 183, при условии, что такая форма АРС разрешена коллективным договором. Очевидно, что это представляет собой изменение концепции промышленных отношений и рынка труда и открывает путь для арбитражных процессов в данной области. Традиционно предполагалось, что правосудие, являющееся в значительной степени «частным», нарушает права работника и лишает его более эффективной судебной защиты.

¹ Краткое, но всеобъемлющее описание арбитражного законодательства Италии на английском языке как для внутренних, так и для международных арбитражных процессов, представлено в: М.А. Lupoi, *International Arbitration* // М. De Cristofaro, N. Trocker (eds.), *Civil Justice in Italy*, Tokyo, Jigakusha, 2010, р. 338–352. Следует сказать, что арбитры могут решать любые вопросы, связанные с решениями, за некоторыми исключениями, к наиболее важным из которых относится запрет на использование обеспечительных мер; порядок судопроизводства в значительной степени определяется сторонами или арбитрами; решения имеют силу и действие судебных решений и подлежат принудительному исполнению только после официальной проверки компетентными судебными органами; рассмотрение по существу спора разрешено только для ограниченного количества дел.

Статья 832 ГПК с изменениями, принятыми законодательным актом 40/2006, указывает, что имеются отдельные формы арбитража, используемые публичными и частными предприятиями, такими как торговые палаты; они осуществляются в арбитражных палатах и обычно выносят постановления, принимаемые сторонами, указавшими в договоре, что в ходе арбитражного процесса должна быть использована конвенция об арбитраже; такие формы арбитража являются «формальными» или «неформальными». Обычно помощь в ходе арбитражного процесса касается секретарских услуг, выбора подходящих независимых арбитров из списка по запросу сторон, определения вознаграждения таких арбитров, которое обычно ниже, чем на свободном рынке, а также правил, которые будут использованы в ходе судопроизводства. Такой тип арбитража называется административным арбитражем (*arbitrato amministrato*).

Среди различных форм арбитража, возникших в последние годы в различных областях, особую роль играет способ разрешения споров между клиентами и организациями в области оказания финансовых услуг, такими как банки, брокеры и т.д. Данный способ был введен Банком Италии в 2009 г. в соответствии с законом от 28 декабря 2005 г. № 262; он обеспечивает недорогой, быстрый и эффективный способ разрешения споров путем обращения к трем независимым коллегиям из пяти арбитров, расположенным в Милане, Риме и Неаполе соответственно, трое из которых назначаются Банком Италии, один — ассоциацией потребителей, а один — ассоциацией организаций. Процедура должна обеспечивать фундаментальные гарантии справедливости. Если организация не выполняет решение арбитров, ее название становится достоянием общественности. Решение не подлежит оспариванию, однако не запрещает сторонам обратиться в суд, если они считают, что их права не были защищены решением арбитров. Веб-сайт *Arbitro Bancario Finanziario* (www.arbitrobancariofinanziario.it), помимо прочего, содержит сообщения о полностью обоснованных решениях трех коллегий и демонстрирует значительный успех данной процедуры.

3. Примирение

Примирение также имеет долгую историю использования в итальянском судопроизводстве, при этом очевидно, что такое использование не было очень успешным, если рассмотреть полномочия примирения, которыми наделены обычные судьи и которые прописаны в ГПК. Обязательная попытка примирения, которая должна была осуществляться судьей в ходе первого заседания, была настолько неэффективной мерой, что ее сочли не более чем формальностью и в 2005 г. она была отменена. Закон № 263 изменил ст. 183 и 185 ГПК и вменил сторонам обязанность совместно запрашивать отдельное слушание для осуществления попытки примирения — реформа, которая не имела успеха, в основном из-за того, что если стороны намерены достичь договоренности, они делают это вне суда и не прибегают к данной процедуре.

Попытку примирения сторон могут предпринять мировые судьи в ходе первого слушания дела, однако в данном случае положения законодательства не приводят к значимым практическим результатам. Мировой судья, согласно ст. 322 Кодекса, также наделен широкими полномочиями внесудебного примирения для урегулирования споров без ограничения суммы спора: опять же, из практического опыта ясно следует, что такие виды процедур примирения не работают.

Причины неудач судебного примирения можно обобщить следующим образом. С одной стороны, чтобы успешно вести деятельность по примирению, нужно время, терпение и позитивный настрой. Эта задача, очевидно, слишком сложна для перегруженных и переполненных судов. С другой стороны, идея осуществления примирения судьей ставит его в некоторой степени в двусмысленное положение, что может вызвать недоверие и сопротивление сторон. По этой причине предпочтительными кажутся некоторые эксперименты, например, проводимые в Германии и Франции, где судья может направить стороны на внесудебные процедуры урегулирования¹.

Для урегулирования споров использовались различные процедуры примирения, при этом до сих пор ни одна из них не была успешной, независимо от того, были ли они добровольными — по закону от 11 августа 1973 г. № 533, который ввел в Кодекс особые процедуры для трудовых споров, — или же обязательными, которые были введены, например, законом от 31 марта 1998 г. № 80. Закон от 4 ноября 2010 г. № 183 повторно ввел добровольную попытку примирения с учетом полного провала реформы 1998 г., единственным результатом которой стало переполнение административных органов, ответственных за примирение, — комитетов по примирению органов занятости провинций, — просто как этап до начала судопроизводства или арбитража².

В последнее время было введено несколько процедур примирения, которые демонстрируют определенные изменения подхода к АРС и нацелены не только на снижение нагрузки на суды, но и на предоставление гражданам, в частности потребителям, более подходящих — более простых, быстрых, неформальных, экономичных и, возможно, также более компетентных — способов разрешения споров. Следует упомянуть некоторые экспериментальные процедуры, предлагаемые потребителям крупными поставщиками коммуникационных (например, *Telecom Italia*) или банковских услуг, а также некоторые интересные и перспективные правовые схемы. Например, закон от 29 декабря 1993 г. № 580 уполномочивает торговые палаты назначать и продвигать процедуры примирения и арбитража для разрешения споров между деловыми концернами и (или) между концернами и потребителями. Некоторые законодательные акты о защите прав потребителей, которые ныне объединены в так называемый Кодекс потребителя (*Codice del consumo*)³, в последние годы ввели интересные меры, направленные на защиту коллективных интересов потребителей, и способствуют внесудебному разрешению споров, в том числе путем обращения к процедурам примирения, установленным торговыми палатами, под руководством мировых посредников в рамках палаты, которые необязательно являются юристами. Еще позже законодательный акт от 17 января 2003 г. № 5, который был призван реформировать процедуру для корпоративных исков, вызвал

¹ См. ст. 131-1 французского Нового Гражданского процессуального кодекса (*Nouveau Code de procedure civile*) и § 278, абзац 5 немецкого ГПК (*ZPO*).

² S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale* // *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, на с. 463 представлены некоторые цифры, указывающие на то, что орган занятости провинции Турин был перегружен заявками сразу же после вступления в силу Закона 1998 г. (7809 заявок по сравнению с 1215 в 1997 г.), а также, как и можно было ожидать, что орган не справился с новым уровнем нагрузки (550 примирений в 1998 г. против 614 в 1997 г.).

³ Кодекс потребителя был введен в действие законодательным актом от 6 сентября 2005 г. № 206.

обширную критику и был упразднен законом от 18 июня 2009 г. № 69, за исключением положений, регулирующих арбитраж и примирение по корпоративным искам¹. Примирение по корпоративным искам, в частности, является формой внесудебного примирения по запросу любой заинтересованной стороны в благонадежных («серьезных и эффективных») органах, которые должны быть зарегистрированы в Министерстве юстиции. Торговые палаты, которые учредили примирительные органы в соответствии с законом от 29 декабря 1993 г. № 580, имеют право быть внесенными в такой реестр в силу неотъемлемого права.

4. Посредничество

Директива Европарламента и Европейского Совета от 21 мая 2008 г. № 2008/52/ЕС об определенных аспектах посредничества по гражданским и коммерческим вопросам способствовала принятию в Италии законодательного акта от 4 марта 2010 г. № 28, который в соответствии с предположением, включенным в декларативную часть директивы («поскольку № 8»), распространяется не только на межгосударственные, но и на внутренние споры².

Итальянское законодательство связывает посредничество и примирение, определяя посредничество как действия, при помощи которых посредник помогает другим лицам достичь соглашения для разрешения спора, а примирение является результатом таких действий, т.е. представляет собой соглашение, которое урегулирует спор.

Наиболее важное и наиболее противоречивое положение законодательного акта № 28 представлено в ст. 5, которая устанавливает, что посредничество должно осуществляться до начала судопроизводства по достаточно большому числу споров по самым разным вопросам, начиная от автомобильных аварий и городской аренды и заканчивая преступной небрежностью врачей, страховыми, банковскими и финансовыми договорами, а также по многим иным вопросам — другими словами, не только для споров, характеризующихся долгосрочными отношениями между сторонами, которые всегда рассматривались как особенно подходящие для посредничества, но и практически для любых видов споров. Если не была предпринята попытка посредничества до начала судопроизводства, судья должен отложить первое слушание, чтобы у сторон было время на соблюдение требований законодательства. В любом случае решение о применении незамедлительных средств защиты права или обеспечительных мер не приостанавливается в связи с посредничеством.

Примирение, которое обычно достигается в результате процедуры посредничества, может быть применено принудительно в качестве внесудебного решения после его одобрения президентом «суда» (*tribunale*), т.е. суда первой инстанции округа, в котором расположен орган посредничества. Если примирение не достигнуто, посредник может выдвинуть предложение о примирении. Если оно не будет принято

¹ Критическая оценка реформы «корпоративных» процедур, которая отразила общее отношение к таким процедурам, представлена в: F. Carpi, *The Parties and the Judge in the New Commercial Proceedings in Italy* // *Civil Justice Quarterly*, 25 (2006), p. 70 sqq.

² О Директиве ЕС и ее внедрении в Италии и других странах см.: N. Trocker, A. De Luca (eds.), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011; об итальянском законодательном акте № 28 см. более систематический анализ: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. V, cit., особенно гл. 4 и 5.

сторонами, а решение суда «полностью соответствует предложению», стороне-победителю, отвергшей предложение, не будут компенсированы расходы, причем может быть даже принято решение об оплате ею расходов проигравшей стороны. Более реалистичное положение предписывает, что в случае, если решение судьи отлично от предложения посредника, судья тем не менее по серьезным основаниям может решить, что стороне-победителю будут оплачены ее расходы. Цель таких положений ясна; однако некоторые комментаторы возражают, и не без причины, против легитимности такого решения, поскольку оно в любом случае принуждает стороны принять предложение посредника и таким образом избежать судопроизводства, угрожая санкциями, которые могут иметь достаточно крупное денежное выражение.

Посредничество в соответствии с законодательным актом № 28 может осуществляться членами местных ассоциаций адвокатов в «судах» (*tribunali*), т.е. судах первой инстанции, или же иными организациями, например, торговой палатой или иными профессиональными ассоциациями: согласно IV Отчету о распространении альтернативного правосудия в Италии от 7 марта 2011 г., существует 160 центров посредничества, 62 из которых представляют собой торговые палаты¹. Квалификация посредников является решающей для успеха посредничества, однако этот аспект вызвал в Италии критику. По закону фактически не требуется иметь определенную степень в области права (что противоречит судебной цели судопроизводства по замыслу законодателя²), а необходимо лишь посетить обучающие курсы теоретической и практической направленности. По мнению одного из комментаторов, который может рассматриваться как представитель критики, «сомнительно, что такие курсы обеспечивают необходимую подготовку»³.

Слишком рано оценивать влияние новой процедуры посредничества на доступ к правосудию и на снижение нагрузки на суды. Пока что процедура как минимум не получила поддержки у адвокатов. Согласно законодательству, адвокаты должны четко информировать своих клиентов о возможности использовать другие варианты правосудия, такие как посредничество, а также об их преимуществах с точки зрения стоимости и временных затрат, и подготовить клиентов к альтернативным процедурам, чтобы обеспечить распространение и успешность посредничества. Страх потери прибыли заставляет их скорее инициировать новое судопроизводство, как положено, что приводит к дополнительной нагрузке проведения обычных процедур. Хотя новые правила имеют недостатки, на которые указали большинство комментаторов, тем не менее они представляют собой «шаг в верном направлении»⁴.

Наконец, следует упомянуть другую область, в которой постепенно начинает использоваться посредничество и которая разумно была выделена в законодательном акте № 28. Это область семейных отношений, где посредничество развивалось неофициально в связи с делами о раздельном проживании, а теперь данная процедура

¹ *IV Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, можно найти по адресу: <http://www.cam-com.gov.it>

² См.: *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, а также более подробно в: F. Cuomo Ulioa, *Chi vuole essere mediatore? Competenza e responsabilità del nuovo mediatore civile e commerciale // La mediazione*, supra, p. 69–77.

³ R. Caponi, *Italian Civil Justice Reform 2009 // ZZPInt* 14 (2009), 143, p. 146.

⁴ Ibidem.

закреплена и развивается законодательно. С одной стороны, вмешательство семейных центров посредничества может быть запрошено судьей в связи с запретительными постановлениями в делах о жестоком обращении в семье¹; с другой стороны, недавно принятый закон о совместной опеке говорит о том, что судья может — или должен по их требованию — направить родителей к семейному посреднику, чтобы они попытались достичь более подходящих и устойчивых договоренностей².

5. Некоторые статистические данные

Очевидно, что отсутствуют общие официальные статистические данные, демонстрирующие успех вышеупомянутых процедур. Многие процедуры примирения, переговоров, посредничества и урегулирования споров просто не находят отражения в статистике. С другой стороны, впечатление от процедур, осуществляемых торговыми палатами, скорее положительное, поскольку они предлагают быстрый, простой и экономичный способ разрешения претензий потребителей. Однако также складывается впечатление, что о таких процедурах не настолько хорошо известно, как должно быть. Вышеприведенные утверждения подтверждаются ежегодными отчетами о распространении процедур альтернативного правосудия в Италии, выпускаемыми *Unioncamere* — обществом, представляющим итальянские торговые палаты, *Isdaci* — частным институтом, осуществляющим продвижение арбитража, примирения и коммерческого права, а также арбитражной палатой торговой палаты г. Милана. В последнем отчете, опубликованном в марте 2011 г., говорится о 93 406 процессах альтернативного правосудия, что демонстрирует значительное увеличение по сравнению с 48 686 процессами в 2005–2006 гг., однако на данное количество еще не оказало влияние введение обязательной процедуры примирения в законодательном акте № 28³. В тех же источниках указано, что средняя задержка разрешения споров составляет 60 дней, при этом расходы, понесенные сторонами, достаточно доступны. Например, тарифы, действующие во Флоренции для новой обязательной процедуры примирения, являются достаточно типичными и составляют, например, 52,43 евро, подлежащих уплате обеими сторонами, если сумма спора составляет до 1000 евро; 290 евро для суммы споров от 10 тыс. евро до 25 тыс. евро; 3146 евро для суммы споров от 2,5 млн евро до 5 млн евро. Требуется первоначальный взнос в размере 48,4 евро⁴.

II. «Традиционные» процессы, используемые однородными социальными группами для разрешения внутренних споров

1. Поиск «традиционного» правосудия в Италии

В Италии нет сообществ коренных жителей, при этом страна определенно расположена в развитой западной части мира. Поэтому Италия не относится к типичным странам, рассматриваемым с точки зрения «традиционного» правосудия и его взаимодействия с государственной системой правосудия. Недостатки системы

¹ См. ст. 342-ter Гражданского кодекса, введенную ст. 2 Закона от 4 апреля 2001 г. № 154.

² См. ст. 155-sexies, введенную Законом от 8 февраля 2006 г. № 54.

³ См.: *IV Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia of march 7, 2011* // www.camcom.gov.it.

⁴ См.: www.fi.camcom.it, п. *Conciliazione*.

разрешения споров, тем или иным образом основанной на государственных законах, которая обсуждалась в ч. I доклада, не приводят к возникновению конкуренции с «другими» формами правосудия, легитимность которых основывается на традициях или религии. Хотя итальянское общество всегда являлось в значительной степени разнообразным, к типичным проявлениям такого разнообразия не относится зарождение альтернативной системы правосудия с четко определенной структурой. Обсуждалась природа фактически законных порядков крупных криминальных организаций, которые могут иметь высокоструктурированные системы для разрешения споров или наказания виновных, возможно, конкурирующие с государственной системой правосудия в определенных областях или в определенные периоды времени. Однако мы считаем, что такие системы не являются предметом данной части доклада, поскольку источник их легитимности, с нашей точки зрения, не может считаться «традиционным»¹.

Обсуждению «традиционного» правосудия, кроме того, препятствует крайне ограниченный диалог между основной частью итальянской культуры и внеправовыми дисциплинами, например антропологией, с помощью которых легче определить претензии, подлежащие самоурегулированию в рамках отдельных социальных групп. Не последнюю роль играют рассуждения о том, что «традиционное» правосудие имеет политические последствия, которые могут повлиять на представление и трактовку доступных данных. Если не проводить строгих различий между фактическими решениями суда и оценочными суждениями, утверждение, что определенные социальные группы стремятся уладить споры, избегая обращения к государственной системе правосудия, может легко привести к общественному осуждению и возникновению стереотипов в отношении групп меньшинств. Аналогичным образом указанные группы могут в определенные моменты времени переоценивать историческое и фактическое значение «традиционного» правосудия с целью повышения самосознания или развития идентичности. Вопрос может приобрести особую деликатность, если группы испытывают трудности при взаимодействии как с государственной системой, так и с обществом большинства.

С учетом этих предостережений, однако, возможно выделить ряд споров, при разрешении которых отдельные группы «удерживают на расстоянии» государственную систему правосудия путем обращения к альтернативным системам социального контроля, которые рассматриваются членами группы как проявление «группового права», а также считаются предсказуемыми и используются регулярно. Внимание, уделяемое таким альтернативным системам правосудия, может быть вызвано различными причинами в зависимости от относительной известности, легальности групп, их статуса в итальянском обществе, а также приоритетов научного обсуждения в определенный момент времени. «Традиционное» правосудие может осуществляться незаметно, по крайней мере для узких специалистов, в течение длительного времени, а затем неожиданно возникнуть в средствах массовой информации или как общественное мнение. Все это делает источники информации раздробленными и ненадежными, при этом значительная часть доказательств являются непрямыми и спекулятивными.

¹ О мафии как законном порядке см.: G. Fiandaca, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma* // *Foro Italiano*, 1995, V, p. 21 sq.; об *onorata società* в Калабрии см.: N. Zagnoli, *Le tribunal d'humilité* // *Droit et cultures*, 11, 1986, p. 38 sqq.

Принимая во внимание указанные сложности и ограниченное пространство, мы решили сфокусироваться на трех видах «традиционного» правосудия, положительно осуществляемых в Италии, которые в различные периоды времени являлись предметом научных дискуссий и обсуждения в средствах массовой информации. Это система мести, используемая в некоторых сообществах пастухов на Сардинии; традиционная система правосудия, известная как «Канун», ведущая свое происхождение из Албании; а также внутренняя система правосудия групп цыган. На интуитивном уровне понятно, что во всех трех случаях «удержание на почтительном расстоянии» государственной системы правосудия, независимо от ее фактической роли, является следствием сложности взаимоотношений с государственными органами в целом. В первом случае регион до недавних пор являлся крайне изолированной частью Италии (Барбаджия, внутренняя часть Северной Сардинии) и характеризуется самовосприятием культурных «отличий»¹ по сравнению с остальной частью страны, а также сложной историей правоприменения, которое государственная власть описывает как борьбу с бандитизмом (беззаконием), а местная культура — как подтверждение гордости и независимости от внешнего контроля. Два других примера, напротив, в основном (но не исключительно) связаны с недавними волнами иммиграции. Албания находилась под властью Италии во время фашистского режима, в ходе которого значительное внимание уделялось местной культуре и традициям. После падения тоталитарного режима Энвера Хоксха увеличился миграционный поток из страны, в результате чего албанцы стали одним из основных сообществ иностранцев в Италии, что привело к «повторному открытию» албанской культуры наряду со стереотипами и предрассудками. Цыгане (частично итальянского, а частично иностранного происхождения) испытывают еще большие трудности сосуществования с основной частью населения; как и во многих других странах, все, связанное с их культурой, подвергается критике средств массовой информации.

2. Система мести в Барбаджии и ее место в итальянском праве

Традиционная система правосудия Северной Сардинии может рассматриваться как отправная точка для наших рассуждений, в частности, благодаря тому, что она была представлена международной аудитории в эпохальном сравнительном труде под редакцией Лоры Надер и Харри Тодда 1978 г. «Процесс оспаривания» (*The Disputing Process*), в котором одна из 10 выбранных систем разрешения споров взята из сообществ пастухов в сельской части Сардинии². Эссе, опубликованное в издании, основано на новых независимых полевых исследованиях, однако оно явно черпает вдохновение в предшествующей научной работе Антонио Пигляру³, крайне оригинального интеллектуала и философа-юриста из Сардинии, который оставил глубокий след в споре о культуре Сардинии, несмотря на преждевременную смерть в 1969 г. Одна из наиболее известных работ Пигляру, которая в конце

¹ «Барбаджия — это прежде всего не физическое пространство, а образ мышления» (M. Murgia, *Viaggio in Sardegna*, Torino, Einaudi, 2011, p. 8).

² J.L. Ruffini, *Disputing over Livestock in Sardinia* // L. Nader, H.F. Todd jr., *The Disputing Process. Law in Ten Societies*, New York, Columbia University Press, 1978, p. 209 sqq.

³ A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959.

1950-х гг. вызвала «что-то вроде скандала в итальянской правовой среде»¹, была посвящена системе структурированной и точно регулируемой мести, разработанной в Барбаджии, которая, как упоминалось выше, в тот момент являлась одной из наиболее удаленных частей острова, а ее экономика в значительной степени базировалась на выпасе овец.

Пигляру не хотел проводить антропологические исследования, соответственно, он не представил подробный отчет об источниках информации, скорее он хотел представить правила, постоянно использующиеся в Барбаджии в качестве собственной правовой системы, — это очевидно уже из названия «Месть в Барбаджии как правовой порядок», а также из основного раздела книги, в котором правила общества Барбаджии представлены в форме малого кодекса («Кодекс мести Барбаджии») из 23 статей, разделенных на три раздела: «Общие принципы», «Преступления», «Способы мести». Интересно отметить, что система, описанная Пигляру, которая также подтверждается этнографическими доказательствами из сборника Л. Надер и Х. Тодда, не является исключительно системой «родовой мести», а представляет собой более сложную систему, в которой обращение к «роду» является последним средством. Система основана на предположении о том, что оскорбление, нанесенное намеренно отдельному лицу или группе лиц, обязывает члена сообщества, которому нанесено оскорбление, ответить соответствующим образом (что не всегда подразумевает кровопролитие) во избежание угрозы чести. В описании Пигляру, а также в последующем этнографическом исследовании такое «обязательство отомстить» является главным принципом, из которого выводится сложный свод правил и санкций, которые, что достаточно интересно, могут также включать в себя обращение в государственные суды, однако с целью использования их исключительно в качестве «инструмента мести».

Насколько правила, описанные Пигляру и его последователями, все еще применяются в указанных частях Сардинии — предмет бесконечных споров, основанных на недостаточных и бессистемных доказательствах или здравом смысле, при этом практически отсутствует эмпирическая база, поскольку недостаточно отчетов об этнографических исследованиях в последнее время. В общем и целом обычно считается, что лишь небольшое количество актов насилия сегодня связано с применением традиционных правил, при этом в основном это относится к обычным уголовным действиям насильственного характера. Время от времени *codice barbaricino* цитируется в газетных статьях о жестоких преступлениях, где он также именуется формой неофициального правосудия или же обычными криминальными действиями под маской «традиционных» форм. Как подчеркивает Пигляру, система мести также продолжает существовать как продукт самовыражения итальянского государства в Барбаджии, которая считалась местом беззакония (*banditismo*) и долгое время требовала присутствия значительных ресурсов полиции. Социальные и экономические условия сегодня значительно изменились, хотя не следует переоценивать распространение менталитета, ориентированного на государственность, в отдаленных сообществах пастухов.

Хотя отличия развития и применения системы разрешения споров в обществе Сардинии от государственных судов описаны также другими авторами (например,

¹ V. Ferrari, *Citizenship and Immigration: Introductory Remarks* // V. Ferrari, T. Heller, E. De Tullio (eds.), *Citizenship and Immigration*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 3–4.

Гонарио Пинна), влияние указанных исследований на итальянскую науку о праве в целом достаточно ограничено и в основном их ценят в неюридических сферах — не как исследования о разрешении споров, а как часть более широкого обсуждения культурной идентичности Сардинии, ее изоляции и взаимодействия с итальянским государством, а также о процессах модернизации в ней. Кроме того, такие споры имеют политические последствия, поэтому трудно говорить объективно и отстраненно о социальном контроле, когда не только имеется автономия от государства, но и зачастую предпринимаются действия, которые с точки зрения государства однозначно являются незаконными.

Однако обсуждение системы мести в Барбаджии потенциально важно для исследования систем разрешения споров в Италии, которое выходит за локальные рамки. В самом деле, это первая возможность правомерного исследования автономного законотворчества и негосударственных систем правосудия без вывода их за пределы рассмотрения науки о праве. Пигляру представил систему Барбаджии как полностью правовую, при этом он опирался на пример, поданный Санти Романо, известным юристом-исследователем, работавшим в Италии в первой половине века, который уже в 1918 г. выдвинул самосогласованную институционалистскую теорию о том, что для подтверждения существования негосударственного правового порядка нет необходимости доказывать, что структура такого порядка аналогична государственному праву. Согласно Санти Романо, «государство — это [...] не что иное, как вид рода «закон»¹, при этом закон подразумевает только существование действенных правовых институтов.

3. Албанская система «Канун» как потенциальный случай «перенесенной «традиционной» системы правосудия»

В самом деле, имеются основания полагать, что массивная миграция населения с миграционными потоками может привести к «импорту» определенных социальных практик, при этом такие практики в определенной степени закрепляются в новой стране, по крайней мере, если сообщества иммигрантов сохраняют внутреннюю однородность и стремятся, хотя бы на первых этапах, сохранить определенную изолированность от окружающего их общества. Определенно, это — огромная область для проведения эмпирических исследований, при этом количество сообществ иммигрантов, которых можно «заподозрить» в сохранении саморегулирования и автономных процедур разрешения споров, велико.

Как упоминалось выше, различие между здравым смыслом и стереотипами может быть крайне малым, а зачастую при исследовании им пренебрегают. Следует проявлять осторожность при отнесении определенных групп иммигрантов к группам с автономностью и саморегулированием, что с общественной точки зрения является синонимом «отсутствия интеграции». Например, сомнительно, что системы «традиционного правосудия» существуют в группах, отделенных по признаку гражданства или национальности («китайцы», «албанцы» и т.д.). Чаще всего, как и в случае Барбаджии, такие системы являются выражением крайне специфической местной культуры, существующей в стране или регионе происхождения иммигрантов, в соответствии с местными особенностями, которые обычно неизвестны в принимающей стране.

¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 3rd ed., 1977 (по 2-му изд. 1946 г.), p. 112.

Хорошим примером являются албанцы в Италии. Географическая близость и исторические связи сделали албанцев одним из наиболее крупных иммигрантских сообществ в Италии. Государственные статистические данные на текущий момент говорят о том, что в Италии официально проживает 490 тыс. албанцев (хотя фактическое число албанцев скорее всего значительно больше), и они являются вторым по численности сообществом иностранцев после румын. При рассмотрении потенциальных ситуаций «автономных систем правосудия» численность данного сообщества иностранцев в сочетании с историческим и культурным фоном неизбежно делают его объектом изучения.

Данный выбор, безусловно, поддерживается существованием в Италии хорошо укоренившейся «народной мудрости», которая описывает албанцев как этническую группу, действия которой в значительной степени регулируются сводом традиционных правил под названием «Канун», по которому ключевую роль в разрешении споров играет кровная месть, а сама группа представляет собой патриархальное и жестокое общество. Простой интернет-поиск в итальянских сайтах позволяет найти множество материалов такого рода, а в мае 2011 г. журналистское расследование на популярном ТВ-шоу (*Le Iene*)¹, в котором было представлено то, что предположительно является системой кровной мести в Северной Албании, вызвало бурные дискуссии и сильную реакцию со стороны более культурных членов албанского сообщества, проживающих в Италии.

Сначала кратко рассмотрим вопрос существования албанской традиции разрешения споров с албанской точки зрения до перехода на итальянскую сторону Адриатического моря, чтобы оценить, имеются ли серьезные свидетельства «переноса» «традиционных» систем разрешения споров.

Не имея целью даже поверхностно осветить предмет обсуждения, мы только лишь попытаемся привести некоторые факты для дальнейшего рассмотрения. Первое, что следует принять во внимание, — ограничение области, для которой чаще всего обсуждается существование традиционных законов, обычно именуемых «Канун». Такая область не совпадает с территорией Республики Албания, а охватывает части Северной Албании, а также части Сербии, Косово, Черногории, Македонии, где население говорит на албанском языке. Надежные исследования и данные² свидетельствуют о существовании в этой области традиционной правовой системы, одним из столпов которой является «кровная месть» (*gjakmarrja*), потенциально не включающая в себя группы родственников, а также дополнительной системы, признающей за определенными лицами право выступать в качестве посредников. Как и в случае Барбаджии, система «основана на чести», и социальный контроль определяется желанием сохранить честь (*nder*) отдельного лица или семьи.

В данной культурной области система традиционного правосудия все еще сильна и жестко конкурирует с государством за монополию на проявление силы и жестокости. Поскольку считается, что такая система несовместима с современными правовыми ценностями и правами человека, ее существование многими слоями общества и государством рассматривается как проблема, а также как причина от-

¹ Le Iene: *Kanun in Albania: in casa per non morire*, 25 мая 2011 г.

² M. Mustafa, A. Young, *Feud Narratives: Contemporary Deployments of Kanun in Shala Valley, Northern Albania* // *Anthropological Notebooks*, 2008, 14 (2), p. 87–107.

сталости и подавления личности. Фактическое существование системы кровной мести и ее «корректоров» (посредников, «миротворцев») в Северной Албании, Косово и прилегающей области также зачастую упоминается во введении к последним изданиям стандартных сводов традиционных правил, при этом обычно подчеркивается, что традиционная система правосудия находилась в состоянии «спячки» (в Албании) во времена режима Хоксха, а после его падения возродилась.

По нашему мнению, следует с осторожностью рассматривать вопрос о переносе данной формы традиционного правосудия в Италию в связи с обширными миграционными потоками албанцев.

Помимо отсутствия точных исследований, следует учитывать, что большинство членов албаноговорящего сообщества Италии происходит из областей, отличных от области существования «традиционного» права. Тот факт, что такая система «традиционного» права зачастую считается применяемой всеми албанцами в целом, является частично результатом легкомысленного создания стереотипов об албанцах за границей, однако частично также является побочным эффектом стратегий построения идентичности, разработанных за последние годы на Балканах, в которых Канун представляется как часть национальной культуры, а его наиболее значимые аспекты — как элементы национального характера. Например, значительным фактом является то, что издания наиболее известных сводов албанского традиционного права, *Kanuni i Lekë Dukagjinit*, собранных в 1920-х гг. священником *Shtjefën Gjeçovi*, широко распространены в Косово, для которого вопрос поиска албанской идентичности стоит наиболее остро.

В частном случае Италии повышенная популярность наиболее известных текстов албанского традиционного права может вызвать воспоминания об определении Кануна/албанской идентичности в период фашизма для обеспечения легитимности итальянского правления Албанией, при котором с натяжкой были выделены сходные аспекты традиционного и римского права, «родство общей концепции прав и обязанностей, родство, которое заставило их по-братски привязаться к Риму»¹.

Хотя для области ее происхождения (которая, опять же, не совпадает с границами Республики Албания) система кровной мести все еще является реальностью и представляет проблему², все усиливающаяся интеграция албанских иммигрантов в итальянское сообщество делает также и для тех албанцев, которые происходят из вышеуказанных регионов, практически невозможным использование системы «традиционного» правосудия, происхождение которой связано с социальными аспектами, обусловленными изолированностью.

4. Группы цыган и разрешение споров: «цыганский закон» в итальянском варианте?

Практически неизбежное существование автономной правовой системы, которую можно классифицировать как «традиционная», предполагает определенную степень отделения лиц, использующих такую систему. Такое отделение может быть вызвано и усилено географическими особенностями или экономической

¹ E. Koliqi, *Il diritto albanese del kanun e il diritto romano — Lezione tenuta presso il Reale Istituto di Studi Romani in Roma il 27 marzo 1942 // Studime e Tekste — Studi e testi, Dega I — Serie I, Juridike, No. 1 — Giuridica No. 1 / Pubbl. dell' Istituti I Studimevet Shqiptare*, 1943, p. 1 sqq.

² Наиболее позднее свидетельство представлено в албано-американском фильме «Прощение крови» (*Falja e gjakut*), реж. Джошуа Марстон, представленном на 61-м Берлинском кинофестивале.

отсталостью (как в случае Барбаджии) или же может первично иметь культурное происхождение — в результате наложения самоограничений, враждебности окружающей среды или же действия обоих факторов одновременно.

Например, в Италии группы, подверженные данному виду отделения, имеются в сообществе цыган, которое насчитывает примерно 190 тыс. человек, происходящих из разных стран, имеющих различные образ жизни, культуру и формы взаимодействия с нецыганами. Помимо сложной истории возрастающей нетерпимости, которая также связана с приездом новых сообществ цыган из Центральной Европы, внимание средств массовой информации к любым цыганским темам в последние годы значительно возросло, при этом в конечном итоге даже в правовой литературе начали уделять внимание «закону и цыганам» как области исследований, хотя публикации сильно различаются по качеству и зачастую отражают старые стереотипы и недостаток использования результатов социологических или антропологических исследований цыган¹.

Некоторые публикации уделяют определенное внимание существованию отдельных систем разрешения споров, используемых группами цыган, описания которых основаны на несопоставимых источниках, относящихся к различным историческим периодам и географическим аспектам; обычно при этом цыганское правосудие рассматривается как уникальное явление, существующее без значительных изменений, несмотря на границы², или же используются сведения об одной конкретной группе цыган в качестве основы для описания всего «цыганского правосудия» в предположении, что имеются определенные культурные черты (например, «кочевание»), которые оказывают влияние на структуру всех аспектов общества цыган³. Согласно данной точке зрения, правосудие в «группах цыган» постоянно управляется судебными органами, называемыми *kris* (что иногда переводится как «совет правосудия»), компетентными в разрешении споров любого рода (без проведения различий между гражданскими и уголовными вопросами) и состоящими из лиц, имеющих особую репутацию и престиж; такой совет может в ряде случаев направлять противоречия также в следующий орган, именуемый *diwano* и определяемый как «совет старейшин». Традиционная система правосудия цыган, таким образом, основана на вынесении приговоров, а не на примирении и иных системах.

Поступая таким образом, наука о праве подтверждает точку зрения, совпадающую с точкой зрения цыганских активистов, которые наиболее заметны в Италии и обычно входят в группы, проживающие в Италии длительное время, в основном в некоторых частях Центральной Италии, например, в Абруццо⁴. Точка зрения таких лиц на систему правосудия цыган также основана на том, что *kris* действует

¹ См. несколько примеров, касающихся Италии: A. Simoni, *Roma and Legal Culture*, ожидается публикация в *European Anti-Discrimination Law Review*, 2012.

² Показательный пример такого подхода представлен в пространной статье «о разрешении споров по цыганскому законодательству», опубликованной в ведущем итальянском журнале по социологии права: M. Mazza, *I metodi di risoluzione delle controversie nel diritto degli zingari. Profili di antropologia della giustizia* // *Sociologia del diritto*, 2000, p. 115 sqq.

³ L. Mancini, *Identità culturale e pluralismo normativo: il caso degli zingari* // *Società multiculturale e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Bologna, CLUEB, 2000, p. 37 sqq.

⁴ Проблемы, связанные с представительством различных популяций цыган, недавно обсуждались в работе: A. McGarry, *Who Speaks for Roma? Political Representation of a Transnational Minority Community*, London; New York, Continuum Intl. Pub., 2010.

как аналог судебного органа¹, поскольку именно эта модель реализуется в случае их группы. Итальянские ученые и общественные деятели, таким образом, повторяют некоторые сложности, вызванные в США знаменитым исследованием Вэйрауха и Белла о «цыганском законе»². В нем также без критической оценки была воспроизведена точка зрения цыган, изложенная в специальной литературе, в силу различных исторических и культурных причин несбалансированно отражающая точку зрения групп, использующих органы правосудия, осуществляемого обществом (*kris*). Поступив так, они пренебрегли тем фактом, что во многих областях проживания цыган отсутствуют органы разрешения споров, подобные судебным, а просто используются системы, основанные на потенциальной кровной мести, в некоторых случаях ограниченные действиями посредников. Данная система менее представительна с юридической точки зрения (если только не использовать методологический подход, использованный Пигляру в целях исследования мести в Барбаджии) и меньше отвечает приоритетам некоторых цыганских активистов, которые переоценивают однородность как часть политически рациональной системы построения идентичности, для которой идея «цыганского суда» может быть зачастую полезной.

Что касается группы недавних эмигрантов из Косово, *Xoraxané Romá*³, доклад ведущего итальянского антрополога, специализирующегося на исследовании цыган, — Леонардо Пиазере, — дает представление о системе разрешения споров, основанной на обязательствах кровной мести, смягченной наличием «миротворцев» для целей примирения. Как подчеркивает Л. Пиазере, система правосудия, используемая данной группой цыган на момент его исследования, не имеет никаких специфических цыганских особенностей, а всего лишь воспроизводит систему кровной мести, используемую албанским населением в Косово, которую переняли *Xoraxané Romá* во время пребывания там. Парадоксальным образом группа цыган представляет собой лучший случай для изучения фактического переноса в Италию системы традиционного правосудия, которая обычно считается характерной чертой популяций этнических албанцев.

Столкновение между цыганским и государственным правосудием также зачастую является проблемой для Италии — не столько с точки зрения возможности какого-либо официального признания государством решений членов *kris*, что до сих пор не удавалось, сколько с точки зрения полного непонимания фактического контекста, который может возникать при вынесении решений уголовными судами в отношении поведения лиц, фактически или потенциально вовлеченных в кровную месть с участием групп их родственников, что может включать в себя также обращение в государственные суды как средство оказания давления для получения долгов по правилам традиционной системы правосудия⁴.

¹ B. Morelli, G. Soravia, *I pativ mengr. Il nostro onore. La lingua e le tradizioni dei Rom abruzzesi*, Roma, Centro Studi Zingari, 1998.

² W.O. Weyrauch, M.A. Bell, *Autonomous Lawmaking: The Case of the Gypsies* // *Yale Law Journal*, 103 (1993), p. 323 sqq., а также: W.O. Weyrauch (ed.), *Gypsy Law. Romani Legal Traditions and Culture*, Berkeley; Los Angeles; London, California University Press, 2001. Представление и критика данной работы с итальянской точки зрения представлены в: A. Simoni, *Il giurista e gli zingari: lezioni dalla common law* // *Politica del diritto*, 1999, p. 629 sqq.

³ L. Piasere, *Gli uomini di pace dei Xoraxané Romá* // *Popoli delle discariche*, Roma, CISU, 1991, p. 37 sqq.

⁴ Примером является уголовное судопроизводство, в котором в качестве эксперта-свидетеля выступал автор данной части доклада: обвинение в похищении и изнасиловании несовершеннолетней скорее всего было инициировано цыганской семьей из Косово, чтобы оказать давление с целью полу-

Нил Эндрюс (*Neil Andrews*)¹

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД АНГЛИИ И УЭЛЬСА²

Введение

1. Порядок проведения медиации (или, скорее, применимые методы медиации, поскольку медиация — это «гибкий вид искусства»³) детально описан в специальных руководствах. Обычной практикой является ситуация, при которой труд медиатора (посредника) оплачивается сторонами спора совместно. Частные посредники (медиаторы-фрилансеры) не имеют стабильного дохода. Многие медиаторы Великобритании получили так называемую аккредитацию, пройдя профессиональную подготовку в различных частных организациях⁴. Для самого медиатора не существует никакой необходимости иметь юридическое образование или соответствующую квалификацию. Тем не менее в Англии многие коммерческие посредники являются бывшими барристерами, солиситорами, судьями или действующими юристами. В 2008 г. Европейская комиссия издала директиву о порядке проведения медиации⁵, а также Кодекс поведения для медиаторов⁶. Однако следует отметить, что в настоящее время система централизованного регулирования деятельности медиаторов отсутствует.

2. Настоящий доклад содержит следующие основные тезисы:

1) возбуждение гражданского дела в государственных судах становится последним инструментом (этапом), которым пользуются только в крайнем случае и только тогда, когда более цивилизованные и «пропорциональные» существу спора методы или не принесли результата, или не могли быть использованы изначально;

2) роль посредника заключается в том, чтобы, выступая в качестве независимой и не имеющей собственного интереса стороны, поощрять стороны спора к переговорам и движению в направлении возможного урегулирования спора соглашением;

3) процесс медиации и результат этого процесса — медиативное соглашение — могут, в некоторых случаях, иметь большую юридическую силу, чем судебное решение по существу спора;

4) медиация стала часто используемым инструментом разрешения споров в Англии;

чения части выкупа за невесту. В рамках того же судебного процесса знание судьей обязательств кровной мести, существующих в такой среде, привело бы к тому, что реконструкция фактов, представленная одной из сторон, выглядела бы крайне нереалистично.

¹ Профессор Кембриджского университета (*Cambridge University*) (Великобритания).

² Перевод с английского языка на русский выполнен М. Панферовым (кафедра гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, 3rd ed., London, Tottel, 2007, особенно с. 11 слл.; A.J. Stitt, *Mediation: A Practical Guide* (2004); M. Liebmann (ed), *Mediation In Context*, London; Philadelphia, 2000; D. Spencer, M. Brogan, *Mediation: Law and Practice*, Cambridge UP, 2006, особенно гл. 2.

⁴ K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide* (2000) 15.3 (не в изд. 2007).

⁵ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

⁶ http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0718en01.pdf; Европейский кодекс поведения для медиаторов (*European Code of Conduct for Mediators*): http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

5) правительство сильно заинтересовано в развитии альтернативных способов разрешения споров (англ. *ADR — alternative dispute resolution*) (далее — АСПС), потому что эти методы зачастую дешевле, чем гражданское судопроизводство;

6) эти альтернативные гражданскому судопроизводству формы могут работать как полноценная замена гражданского судопроизводства или служить дополнением судебного процесса после того, как судебные разбирательства начались, и даже в период после вынесения судебного решения в первой инстанции и в процессе рассмотрения апелляции;

7) посредничество возможно только тогда, когда обе стороны спора готовы обсуждать сущность спорных правоотношений, изучать достоинства своей позиции в духе доброй воли и в конечном итоге рассматривать возможность уступить противной стороне как исходя из соображений тактики ведения спора, так и из великодушия;

8) суды поощряют использование медиации и других АСПС;

9) судебное поощрение медиации и других АСПС осуществляется как в форме «приостановления» судебного разбирательства на время проведения переговоров сторон с целью мирного урегулирования спора, так и в форме угрозы возложения судебных расходов на сторону, необоснованно уклоняющуюся от внесудебного урегулирования;

10) английские суды обеспечивают принудительное исполнение медиативного соглашения, в том числе за счет приостановки судебного процесса, инициированного в нарушение подобного соглашения;

11) сведения, переданные друг другу сторонами в ходе медиативной процедуры, являются конфиденциальными и по общему правилу не подлежат обязательному раскрытию в ходе судебного разбирательства, в то же время на посредника не распространяется личный иммунитет от судебного допроса в качестве свидетеля в отношении сведений, ставших ему известными в связи с осуществлением процедуры медиации;

12) защита прав с помощью гражданского судопроизводства продолжает использоваться, поскольку судом осуществляется разрешение споров в более «жесткой» форме, при этом в некоторых случаях применение властных полномочий суда становится необходимым, особенно когда претензии обращены к лицам, занимающимся мошенничеством или изначально не настроенным на сотрудничество в урегулировании спора. Кроме того, судебное разбирательство воплощает в себе многие общественные ценности, в частности, принцип гласности при осуществлении судопроизводства, а также обязательную мотивировку обоснованности принятого судом решения.

Расцвет медиации

3. В Англии возросло количество обращений к медиации, в том числе по существу коммерческих споров¹.

¹ К. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, London, 2007, особенно гл. 5–7; Neil Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, ch. 11; Eiusdem, *Contracts and English Dispute Resolution*, Tokyo, 2010, ch. 22.

4. Министерство юстиции Англии и Уэльса (2010) так сообщило об этих фактах¹: «Существует доказательство того, что <...> рынок медиации в Великобритании продолжает расти. Последнее исследование рынка медиации Центром эффективного разрешения споров (англ. *Centre for Effective Dispute Resolution*) показало, что в 2009 г. было проведено почти 6000 процедур медиации в гражданско-правовой и коммерческой сфере»². По сравнению с результатами аналогичного исследования 2007 г. общее количество проведенных процедур медиации удвоилось. Существует Национальная консультативная сеть медиации³ (далее — НКСМ; англ. *National Mediation Helpline*), которая ведет перечень медиаторов, аккредитованных Советом гражданского судопроизводства (англ. *Civil Justice Council*)⁴ и Службой медиации малых споров⁵. Министерство юстиции (2010) сообщило также⁶, что «в период с января 2007 г. по декабрь 2009 г. НКСМ было организовано 1892 процедуры медиации, из которых 1244 завершились медиативным соглашением» — эффективность процедуры составила 66%, — а также, что «в течение 12 месяцев, предшествующих концу апреля 2010 г., Службой медиации малых споров рассмотрено более 10 тыс. споров, из которых 72% были урегулированы в мирном порядке, при этом подавляющее большинство медиативных процедур (более 90%) осуществляется по телефонной связи, что связано для сторон с экономией времени и денег на поездку до здания суда.

Причины расцвета медиации

5. Развитие медиации, и не только в Англии, во многом обусловлено развитием научных и практических знаний об этой процедуре и существованием постоянных, в некоторой степени внутренне присущих судебному разбирательству как единственной альтернативе медиации, пороков:

(1) процесс медиации теперь более понятен сторонам, особенно в коммерческом секторе;

(2) существуют одобрение и поддержка использования АСРС на официальном уровне, поэтому ведущие судьи продолжают выступать в поддержку медиативных процедур, в том числе *Lord Phillips*, председатель Верховного суда⁷, и *Lord Clarke*, бывший глава Государственного архива⁸. Суды также регулярно рекомендуют сторонам судебного процесса обращаться к медиации в соответствующих случаях; кроме того, судебное разбирательство:

¹ *Ministry of Justice, Implementation... Paper*, London, 2010 (a consultation paper), at [10].

² http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20100513_347.htm

³ www.nationalmediationhelpline.com

⁴ www.civilmediation.org

⁵ В тех случаях, когда цена иска не превышает 5 тыс. ф. ст.

⁶ *Ministry of Justice, Implementation... Paper*, London, 2010 (a consultation paper), [5] to [9]. См. также: S. Prince, *ADR after the CPR...* // D. Dwyer (ed), *The Civil Procedure Rules: Ten Years On*, Oxford University Press, 2010, ch. 17.

⁷ Lord Phillips, *Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint* (Judicial Communications Office, London, 29 March 2008) // http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/6BBEAB74-204A-4AED-AC83-0624CC358794/0/lcj_adr_india_290308.pdf

⁸ A. Clarke, *The Future of Civil Mediation* (Civil Mediation Council, London, May 2008) // http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/927B0C45-8C4D-4A3B-BDF7-5FEB7D8A0D1B/0/mr_mediation_conference_may08.pdf

- (3) является непредсказуемым для сторон;
- (4) является «неповоротливым» по сравнению с АСПС, а также объектом расходов и источником волокиты и беспокойства для его участников;
- (5) предоставляет мало возможностей для непосредственного участия сторон в отличие от посредничества;
- (6) предполагает, что от окончательного судебного решения обычно выиграет только один его участник;
- (7) как правило, ведется открыто и доступно для общества в целом.

Медиация и предотвращение дорогостоящих судебных разбирательств

6. Правосудие остается дорогим. Как признался в 2007 г. судья апелляционного суда *Buxton* в деле *Willis v. Nicolson*¹: «Очень высокие затраты на гражданское судопроизводство в Англии и Уэльсе являются предметом озабоченности не только для сторон в каждом конкретном случае, но и для судебной системы в целом».

7. Конечно, в Англии расцвет медиации, в частности, в спорах со значительной ценой иска, связан исключительно со стоимостью традиционного судебного разбирательства. И сам Билл Гейтс, и другие современные потомки Креза, дважды подумают, прежде чем пойти на риск привлечения Высокого суда с его длительным и запутанным рассмотрением дела для разрешения спора, стороной которого они являются.

8. Вопросы величины судебных издержек рассматриваются лордом-судьей *Jackson* в «Обзоре судебных расходов по гражданским делам», опубликованном в декабре 2009 г.²

Скептицизм в отношении медиации

9. Существует, тем не менее, и некоторый скептицизм в отношении развития медиации. В своих лекциях (2008 г., изд. Хэмлин), *Hazel Genn*³ подвергла критике предположение о том, что медиация обеспечивает «справедливое» разрешение спора. Она предпочитает рассматривать использование медиации как утерю возможности получить содержательное правосудие через судебную систему⁴: «Медиация всего лишь предлагает скидку [на судебный процесс] и позволяет избавиться от предполагаемого страдания и неопределенности судебного процесса».

10. Genn задается вопросом, должна ли государственная политика быть направлена на развитие и поощрение бизнеса медиаторов и, соответственно, на сокращение количества дел, рассматриваемых судами. И вот к какому выводу она приходит⁵: «...Есть взаимозависимость между судами, которые выступают проводниками норм, подкрепленных государственным принуждением, и практикой альтернативного разрешения споров и внесудебного урегулирования в целом.

¹ *Willis v. Nicolson* [2007] EWCA Civ 199, at [24].

² Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs* (December, 2009, London, 2010); см. о нем подробнее: A.A.S. Zuckerman, *The Jackson Final Report on Costs—Plastering the Cracks to Shore up a Dysfunctional System* // (2010) 29 *CJQ* 263.

³ H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press, 2010, ch. 3.

⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁵ *Ibid.*, p. 125.

Стороны спора не могут быть привлечены к столу переговоров иначе, как под угрозой принуждения. Медиация, без реальной угрозы передачи спора на судебное разрешение, — это просто пустой звук. Хорошо функционирующая система гражданского судопроизводства должна предлагать выбор из различных методов разрешения споров». И добавляет: «Нам необходимы современные, эффективные суды с соответствующими процедурами, которые предлагают доступные формы защиты прав для тех, кто выбрал бы судебное разрешение спора. Это не является недостижимой целью. Но это требует признания социальной и экономической ценности гражданского судопроизводства, признания того, что некоторые споры должны разрешаться только судами, а также введения реформы, которая была бы направлена на устранение очевидных недостатков судебной системы, а не на выведение споров из компетенции судов».

Обязательство рассмотреть медиацию в качестве возможного способа урегулирования спора¹

11. Стороны могут достичь договоренности о применении процедуры медиации, но даже соглашение о применении процедуры медиации, т.е., пожалуй, высшая форма закрепления обязательства воздерживаться от предъявления иска в суд, может быть исполнено в принудительном порядке только в той степени, в какой инициированное судебное производство в таком случае может быть приостановлено, для того чтобы дать сторонам возможность мирно урегулировать возникший спор.

12. В некоторых случаях на стороны может быть возложено обязательство эффективно рассмотреть возможность применения медиации как способа разрешения спора (в отличие от случаев, когда стороны вправе не мотивировать свой отказ от применения подобной процедуры).

13. Не следует ограничивать свободу сторон спора, до тех пор пока не заключено соответствующее юридически обязывающее соглашение, в том числе право отказаться от уже начатой процедуры медиации (при условии отсутствия специальных условий договора, например, закрепляющих обязательство сторон обмениваться информацией по конкретным вопросам, отказ от исполнения которых не допускается в соответствии с доктринальным принципом правовой определенности).

14. Разница между обязательством рассмотреть возможность применения медиации и обязательством принять участие имеет критическое значение, так как если бы суд имел право по своему усмотрению обязывать стороны применять медиацию и участвовать в переговорах с участием посредника, то это было бы очевидно безумной ситуацией, которая неизбежно привела бы к установлению судебной тирании.

15. Лорд-судья *Jackson* в «Обзоре судебных издержек в гражданском процессе», опубликованном в декабре 2009 года² подчеркнул, что медиация не может быть навязана сторонам, не заинтересованным в ее проведении³: «...Я верю, что никогда

¹ S. Shipman, *Compulsory Mediation: the Elephant in the Room* // (2011) *CJQ* 163.

² Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs* (December, 2009: London, 2010); подробнее см.: A.A.S. Zuckerman, *The Jackson Final Report on Costs—Plastering the Cracks to Shore up a Dysfunctional System* // (2010) 29 *CJQ* 263.

³ *Jackson report*, *ibid.*, ch. 36, para 3.4.

не следует принуждать стороны к применению процедуры медиации. То, что суд может и должен делать (в соответствующих случаях), это: (а) поощрять применение медиации и указывать на ее значительные преимущества для сторон, (б) рекомендовать сторонам встретиться и/или обсудить возможность применения медиации; (в) требовать объяснений от стороны, которая уклоняется от применения медиации, причем такое объяснение предоставляется суду после окончания производства по делу; и (г) наказывать сторону, необоснованно уклонившуюся от участия в медиации, путем взыскания с нее судебных издержек».

Медиативные соглашения¹

16. Многие компании сейчас предпочитают использовать международные третейские суды в сочетании с другими механизмами альтернативного разрешения споров. Такое сочетание методов определяется в так называемой многоуровневой оговорке о разрешении споров².

17. Дело *Cable & Wireless* (см. ниже) показывает, что договорное обязательство о разрешении спора с участием посредника может быть исполнено в принудительном порядке: если сторона, в нарушение медиативной оговорки, не участвует в медиативной процедуре и вместо этого преждевременно начинает третейское или судебное разбирательство, то другая сторона в судебном порядке может добиться приостановления соответствующих судебных процессов.

18. Прецедентным судебным решением, принятым в Англии, в отношении медиативной оговорки³ является дело *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* (2002)⁴. В указанном случае соответствующая оговорка предполагала, что стороны будут стремиться разрешить спор путем переговоров между компаниями в качестве одной из «ступеней» разрешения спора. В случае, если переговоры сторон не привели бы к разрешению спора, в качестве следующего этапа предусматривалась обязательная медиация⁵. Если после применения медиативной процедуры спор все еще оставался бы нерешенным, то он мог быть передан на рассмотрение суда.

19. После того как переговоры не привели к урегулированию спора, одна сторона решила обойти обязательную стадию применения медиации и «преждевременно» обратилась в Высокий суд Англии с иском, предъявление которого было оспорено другой стороной. Судья *Colman* установил, что имело место нарушение оговорки о разрешении споров, потому что одна из сторон «перепрыгнула» этап медиации

¹ D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, London, 2005, part III; K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, London, 2007, ch. 9; Centre for Effective Dispute Resolution // www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf; D. Spencer, M. Brogan, *Mediation: Law and Practice*, Cambridge University Press, 2006, ch. 12 (материал по Австралии).

² The School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, report (2005), доступен on-line:

<http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/0B3FD76A8551573E85257168005122C8>

³ D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*. London, 2005, part III; K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*. London, 2007, ch. 9; Centre for Effective Dispute Resolution // www.cedr.co.uk/library/documents/contract_clauses.pdf; D. Spencer, M. Brogan, *Mediation: Law and Practice*, Cambridge University Press, 2006, ch. 12 (материал по Австралии).

⁴ [2002] 2 All ER (Comm) 1041, Colman J.

⁵ В основном см.: K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*. London, 2007, 9.6.4.

и сразу инициировала процедуру судебного разбирательства. Для защиты нарушенных прав другой стороны судья вынес решение о «приостановлении» судебного разбирательства. Судебное разбирательство могло быть возобновлено в том случае, если сторона представила бы суду доказательства того, что спор не был разрешен путем применения медиации.

20. Но, несмотря на то, что приостановление судебного процесса было в том случае правомерным, судья отдельно указал, что такой принцип неприменим ко всем случаям: «Например, могут быть случаи, когда обращение к альтернативным способам разрешения споров будет, очевидно, бесполезным и вероятность продуктивной медиативной процедуры не будет достаточной для принудительного исполнения оговорки об альтернативном разрешении споров. В таких случаях неэффективность применения альтернативного разрешения споров должна быть абсолютно очевидна».

21. Тем не менее в некоторых случаях закон прямо запрещает установление обязательных дополнительных досудебных процедур и исключение права на обращение в государственные суды или трибуналы. Например, в деле *Clyde & Co v. Bates van Winkelhof* (2011) судьей *Slade* было рассмотрено положение¹, содержащееся в учредительных документах партнерства, обязывающее партнера юридической фирмы передавать любые споры и разногласия, вытекающие из ее работы в фирме, на рассмотрение медиатора, а затем третейского суда. Партнер обратилась с жалобой и иском о компенсации в Суд по трудовым делам, утверждая, что юридической

¹ «41.1. В случае возникновения спора, разногласия или неурегулированного вопроса между Партнером и Партнерством с ограниченной ответственностью (ПОО), включая Партнера, уходящего со своей должности, или его представителей, затрагивающего членство в ПОО или права и обязанности Партнеров (далее — неурегулированные разногласия), то Партнер или Партнеры, вовлеченные в неурегулированные разногласия (далее — Стороны), должны действовать в соответствии с настоящим пунктом и пунктом 41.2. Неурегулированные разногласия должны быть незамедлительно переданы любой из Сторон на рассмотрение Управляющего Совета, с требованием о проведении заседания и рассмотрении такого неурегулированного разногласия в течение 28 дней с момента такого обращения в Управляющий Совет (далее — срок принятия решения). Управляющий Совет обязан провести заседание и обсудить соответствующие неурегулированные разногласия с точки зрения его разрешения на разумной и справедливой основе. В случае достижения согласия между Управляющим Советом и Сторонами в течение срока принятия решения Партнеры соглашаются с тем, что такая договоренность подлежит немедленному исполнению. В случае недостижения согласия между Управляющим Советом и Сторонами в течение срока принятия решения или в том случае, если Управляющий Совет самостоятельно является стороной неурегулированного разногласия, то подлежит применению пункт 41.2.

41.2. Если разногласия остаются неурегулированными после применения пункта 41.1, включая как вопросы, относящиеся к неурегулированным разногласиям, так и к применению соглашения о разрешении спора, то Стороны соглашаются обратиться в Центр разрешения споров (*The Centre for Dispute Resolution (CEDR)*), и попытаться разрешить спор в соответствии с принципами добросовестности с помощью АСПС. В случае, если спор не будет урегулирован в течение 30 дней с момента обращения хотя бы одной из Сторон в Центр разрешения споров, если Сторонами не будет достигнуто письменное соглашение о продлении такого срока, любая из Сторон соответствующего неурегулированного разногласия может потребовать передачи спора для окончательного разрешения на рассмотрение Лондонского международного третейского суда, Регламент которого применяется в силу указания на это в настоящем пункте, с учетом того, что Стороны обязуются воздерживаться от обращения или апелляции в английские суды в отношении вопросов права, в компетенции которых будет находиться разрешение подобных неурегулированных разногласий. Партнеры и ПОО оставляют за собой все права в случае недостижения согласия в рамках АСПС, и ни одна из Сторон не считается обязанной воздерживаться от необходимых юридически значимых действий для защиты интересов такой Стороны в период процедуры АСПС».

фирмой был нарушен Закон о равенстве. Судья *Slade* пришел к выводу, что Высокий суд не мог издать судебный запрет, юридически обязывающий партнера фирмы отказаться от реализации своего права на обращение в Суд по трудовым делам. Необходимо отметить, что «отношения, вытекающие из договора подряда», прямо выведены Законом¹ из-под защиты соответствующего суда.

Другие правовые источники, устанавливающие обязательство рассмотреть медиацию

22. В Англии использование процедуры медиации не является обязательным условием, установленным законом, для инициирования или продолжения судебного разбирательства.

23. В Правилах гражданского судопроизводства указано: «суды все больше придерживаются мнения, что судебный процесс должен быть крайней мерой и что сторонам не надлежит обращаться с исками в суды преждевременно, пока остается вероятность альтернативного разрешения спора. Таким образом, предполагаемые стороны спора должны рассмотреть вопрос о целесообразности применения той или иной формы альтернативного разрешения споров и при наличии таковой, стремиться достичь договоренности о том, какую форму принять»². Существует также общая «клетка для галочки» в анкетах для сторон судебного разбирательства, что позволяет каждой стороне указать, является ли для них медиация приемлемой формой рассмотрения спора.

24. Английские судьи сами не проводят медиацию в ходе судебного разбирательства.

25. Общие обязанности английских судов при осуществлении гражданского судопроизводства включают в себя помимо прочего: «обязанность содействовать сторонам в урегулировании всей или части спора»³ и «обязанность содействовать сторонам в использовании альтернативных процедур урегулирования споров, если суд сочтет это необходимым»⁴.

26. Английские судьи обычно ожидают от одной из сторон предложения передать спор на рассмотрение посредника, которое суд может одобрить, если сочтет проведение альтернативной процедуры целесообразным в данном конкретном случае. В случае такого одобрения суд может приостановить судебное разбирательство на время проведения процедуры медиации. Суд может также рекомендовать сторонам рассмотреть медиативную процедуру в качестве возможного способа разрешения спора. Каждая из сторон в этом случае будет обязана рассмотреть медиацию в качестве способа разрешения спора.

27. То есть в тех случаях, когда судья по собственному усмотрению рекомендует сторонам использовать процедуру медиации, у обеих сторон возникает обязанность рассмотреть такую рекомендацию судьи о применении медиации.

¹ *Equality Act 2010*, section 120 и *The Equality Rights Act 1996*, section 203.

² *Practice Direction-Protocols 4.7*.

³ CPR 1.4(2)(f).

⁴ CPR 1.4(2)(e); Chancery Guide (2005), ch. 17; Admiralty and Commercial Courts Guide (2009), section G и appendix 7 (доступно на сайте CPR, разд. *Guides*).

28. Суды, однако, не занимаются принуждением сторон к применению АСРС. В каждом конкретном случае их задача сводится, по сути, к указанию на возможные достоинства использования медиации.

29. Так, в деле *Halsey* (2004) судья *Dyson* следующим образом прокомментировал возможность использования сторонами медиации¹: «Одно дело — попытаться побудить стороны к использованию медиации, даже если это делается самым решительным образом, и совсем другое — приказывать им пригласить посредника <...> Если судья считает, что спор следует разрешить с использованием АСРС, то он или она, конечно, не должны автоматически соглашаться с нежеланием сторон использовать АСРС. В таком случае судья должен исследовать причины сопротивления сторон применению АСРС.

Но если стороны (или по крайней мере одна из них) по-прежнему выступают против АСРС, то было бы неправильным для суда, заставлять их использовать подобную процедуру. Суду в некоторых случаях следует лишь поощрять стороны использовать АСРС.

[Мы] подчеркиваем, что роль суда в том, чтобы поощрять, а не заставлять. Форма поощрения может быть достаточно действенной...».

30. Даже при отсутствии медиативного соглашения английский суд вправе приостановить судебное разбирательство на месяц, на время² использования сторонами АСРС или проведения других переговоров, направленных на урегулирование спора³. Приостановление судебного разбирательства переводит его в «режим ожидания». Производство по делу может быть возобновлено, когда это станет необходимо. Судебное разбирательство может быть приостановлено как по ходатайству сторон, так и по инициативе суда, но в любом случае этот вопрос находится в исключительной компетенции суда. Право на приостановление судебного разбирательства не возникает «автоматически».

31. В Англии существует позиция, в соответствии с которой необходима избирательная дача судом рекомендаций сторонам о применении АСРС⁴.

32. Практика Коммерческого суда (часть Суда королевской скамьи в Высоком суде) такова, что судья не будет требовать от сторон использования медиации, за исключением случаев, когда одна из сторон ходатайствовала об этом и суд счел использование медиации разумным и целесообразным. В этом суде стороны судебного разбирательства рассматриваются в качестве «искушенных», поскольку привлеченные ими юридические консультанты предоставляют правовые заключения обо всем диапазоне способов разрешения споров, который есть у них в арсенале, и, следовательно, было бы несправедливым со стороны суда обязывать стороны использовать медиацию в том случае, если ни одна из них в таковой не заинтересована.

33. Тем не менее более широкое описание полномочий суда содержится в Руководстве Адмиралтейского и Коммерческого суда (2009) (англ. *Admiralty and Commercial Court Guide*), которое не исключает инициативы применения медиации,

¹ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [9] to [11].

² CPR 26.4(3).

³ CPR 3.1(2)(f); CPR 26.4(1)(2).

⁴ Для ознакомления с любой формой принуждения сторон к использованию медиации см.: Matthew Brunsdon-Tully, *There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?* // (2009) *CJQ* 218–236.

исходящей со стороны суда¹: «Судьи Коммерческого суда могут в соответствующих случаях предложить сторонам рассмотреть вопрос о целесообразности разрешения их спора или отдельных спорных вопросов через АСРС». Если посредничество представляется целесообразным, судом используется формула (иногда ошибочно называемая «приказ о применении АСРС»), разработанная для достижения сторонами согласия о назначении посредника, а также для истребования объяснений о причинах отказа от использования процедуры медиации².

34. В деле *Halsey* (2004) судья *Dyson* объяснил это следующим образом³: «Приказ о применении АСРС, вынесенный в Адмиралтейском и Коммерческом суде, является <...> самой сильной формой поощрения <...> однако эта форма, не используется для того, чтобы фактически заставить стороны использовать АСРС».

35. Автоматическое применение АСРС в последнее время практиковалось в некоторых английских судах, однако у сторон оставалось право продолжить судебное разбирательство при условии приведения причин отказа от АСРС. *Hazel Genn* провела официальное исследование подобных случаев. Она указала⁴, что автоматическое применение медиации не рассматривалось большинством солиситоров в качестве обязательного, а большое количество оснований для отказа от такового (и также право возобновить судебный процесс) позволяло относиться к нему как к дополнительной бюрократической процедуре. Уважительными основаниями для отказа считались длительность АСРС, непримиримость противной стороны, особый предмет спора и убеждение в отсутствии необходимости в медиации, поскольку спор может быть разрешен в другом порядке.

Возложение расходов за отказ от процедуры медиации

36. Английские суды готовы при необходимости осудить необоснованный отказ одной из сторон участвовать в медиации. К необоснованным может быть отнесен

¹ *Admiralty and Commercial Courts Guide* (2009), cit., G1.3.

² *Ibid.*, appendix 7: «Не позднее [*] Стороны обмениваются списками из трех незаинтересованных лиц, которые вправе проводить процедуры АСРС [*]. Каждая из сторон может [в дополнение] [в качестве альтернативы] представить перечень групп незаинтересованных лиц, которые вправе проводить АСРС в данном случае до [*]. Не позднее [*] Стороны добросовестно стремятся договориться в отношении кандидатуры незаинтересованного лица или группы незаинтересованных лиц, из списков, представленных Сторонами. При недостижении такого соглашения в срок до [*] общее собрание представителей Сторон уполномочит Суд выработать соглашение в отношении незаинтересованного лица или группы незаинтересованных лиц. Стороны предпринимают такие действия, которые могут быть рекомендованы для разрешения их споров в порядке АСРС, до определения кандидатуры незаинтересованного лица или группы незаинтересованных лиц, которая должна быть определена не позднее [*]. Если спор окончательно не урегулирован, Стороны должны информировать Суд в письменном виде до [раскрытия документов / обмена свидетельскими показаниями / обмена экспертными докладами] о том, какие меры в отношении процедуры АСРС были ими приняты и (без ущерба для режима конфиденциальности) о причинах, по которым такие меры не увенчались успехом. Если стороны не смогли инициировать процедуру АСРС, то общее собрание представителей Сторон должно быть создано для рассмотрения возможностей дальнейшего разрешения спора».

³ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [30].

⁴ H. Genn, *Twisting Arms: Court Referred and Court Linked Mediation under Judicial Pressure* (Ministry of Justice Research Series, 1/07), London, 2007, p. iii; H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 107.

отказ поддержать ходатайство другой стороны о применении медиативной процедуры или соответствующее предложение со стороны суда. Так, Апелляционный суд в деле *McMillan* (2004) указал, что если обе стороны отклонили судебную рекомендацию рассмотреть возможность использования медиации, а вместо этого обращаются с апелляцией на соответствующее решение, не пытаясь применить медиацию, то каждая из сторон будет нести свои собственные расходы на данной стадии судебного разбирательства без возможности их отнесения на проигравшую сторону в пользу выигравшей стороны¹.

37. Решение о возложении судебных расходов («санкций») выносится в случае, если сторона необоснованно уклоняется от обязанности рассмотреть процедуру медиации в качестве возможного способа разрешения спора. Такие санкции оправданны только в том случае, если участник дела виновен и по неуважительным причинам уклонился от должного рассмотрения такой возможности.

38. При определении необоснованности отказа одной из сторон применять медиацию Апелляционный суд в деле *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* (2004) указал следующие критерии²: «... характер спора, ценность дела для стороны, степень использования других АСПС, непропорциональность возможных расходов на АСПС существу спора; а также вопросы о том, могла ли задержка в достижении согласия и применения АСПС создавать заведомые выгоды для одной из сторон и насколько высока была вероятность успешного исхода процедур АСПС».

39. *Shirley Shipman* рассмотрела сложный вопрос о том, является ли угроза возложения судебных расходов на сторону за «необоснованный отказ» от предложения противной стороны о присоединении к медиации, нарушением принципа свободного доступа к правосудию, выраженного в ст. 6 (1) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Ее предварительные выводы указывают на то, что это не более чем возможное противоречие³.

40. Судебные расходы намного чаще возлагаются на ту сторону, которая не только необоснованно отказалась рассмотреть медиацию в качестве возможного способа разрешения спора, но и проиграла при рассмотрении спора по существу (или в апелляционной инстанции). Такого рода «отказникам» может быть предписано⁴ оплатить судебные издержки другой стороны на основании принципа «возмещения

¹ *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858, per Ward: [29] *Tuckey* передал эту информацию сторонам в тот момент, когда выдал разрешение на апелляцию: «Расходы на дальнейшее судебное разбирательство будут непропорциональны спорной сумме. Настоятельно рекомендуется применение АСПС». Сторонам следовало бы направить друг другу сообщения о том, что «судья *Tuckey* рекомендовал применение АСПС. Мой доверитель полагает, что это отличная идея. Пожалуйста, давайте разберемся с этим как можно быстрее и с наименьшими возможными расходами»...[30] ...«С моей точки зрения, это как раз тот случай, когда мы должны осудить недобросовестное поведение и позицию, занятую каждой из сторон этого спора и, следовательно, заставить каждую из сторон оплатить свои расходы по производству в апелляционном суде. Я бы допустил подачу апелляционной жалобы без вынесения решения о возмещении расходов».

² [2004] EWCA Civ. 576; [2004] 1 WLR 3002, at [16] ff.; for a strong application of this costs regime, in which the *Halsey* criteria were fully considered, *P4 Ltd v. Unite Integrated Solutions plc* [2006] EWHC 2924 (TCC), Ramsey J.

³ S. Shipman, *Alternative Dispute Resolution, the Threat of Adverse Costs, and the Right of Access to Court* // D. Dwyer (ed.), *The Civil Procedure Rules: Ten Years On*, Oxford University Press, 2010, ch. 18, особенно с. 353–354.

⁴ *Virani Ltd v. Manuel Revert y Cia SA* [2003] EWCA Civ 1651; [2004] 2 *Lloyd's Rep.* 14.

убытков¹ «вместо «стандартного возмещения судебных издержек»; возмещение затрат на основе принципа «возмещения убытков» хотя и не носит карательный характер, однако в полной мере включает компенсационные выплаты, в то время как «стандартное возмещение судебных издержек» является основной, но при этом неполной компенсацией; разница между этими двумя показателями может быть весьма существенной, особенно учитывая высокий уровень расходов, который несут стороны судебного разбирательства в Англии.

41. Промежуточная ситуация создается в том случае, если сторона Б, которая проиграла судебное разбирательство, в то же время выиграла по большинству исковых требований, заявленных стороной А. В обычной ситуации сторона Б может рассчитывать, что возмещение судебных расходов будет произведено в ее пользу. Однако она теряет право на подобное возмещение в том случае, если она необоснованно уклонилась от процедуры медиации, предложенной стороной А. Подобная ситуация сложилась в деле *Rolf v. De Guerin* (2011)². Апелляционный суд взыскал судебные расходы с той стороны, которая отвергла предложения другой стороны об АСРС. В этом случае истица номинально выиграла иск против застройщика, в том смысле, что она добилась возмещения убытков, но в то же время проиграла по большей части остальных заявленных исковых требований. Тем не менее, так как ответчик отверг предложение истца о применении процедуры медиации, Апелляционный суд вынес решение о том, что каждая сторона самостоятельно несет расходы, понесенные ею на судебное разбирательство, указав, что отказ ответчика от медиации является главным фактором, определяющим подобное решение. В том случае, если бы истец не сделал заявление о применении процедуры медиации, суд взыскал бы судебные издержки с истца в пользу ответчика. Это было бы отражением общего принципа, в соответствии с которым ответчик, который выиграл по большинству заявленных истцом исковых требований, имеет право на возмещение соответствующих расходов.

42. Что касается взыскания санкций за необоснованный отказ от процедуры медиации со стороны, которая со всей очевидностью выиграла соответствующее судебное разбирательство, то необходимо отметить следующее. Проигравшая сторона, которая предложила применение медиации, будет нести бремя доказывания того, что применение медиации было целесообразным и могло бы привести к разрешению спора, с презумпцией того, что выигравшая сторона добросовестно принимала бы участие в такой процедуре³. Доказывание этого факта представляется достаточно сложной задачей. Так, в деле *Halsey* судья *Dyson* объяснил это следующим образом⁴: «<...> Бремя доказывания перспектив применения медиации не должно лежать на той стороне, которая отказалась от применения такой процедуры. <...> Ключевым фактом, который должен быть доказан проигравшей стороной, является то, что выигравшая дело сторона необоснованно отказалась дать согласие на медиацию».

¹ О разнице между возмещением на стандартной основе и возмещением на основании принципа возмещения убытков см.: Neil Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, 9.12.

² [2011] EWCA Civ 78 [2011] NPC 17.

³ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002.

⁴ [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [25] to [28].

Возложение расходов за уклонение от рассмотрения возможности применения процедуры медиации по предложению суда

43. Вопрос о возложении судебных расходов на победившую сторону чаще всего возникает в том случае, когда победившая сторона отклонила рекомендацию суда о рассмотрении возможности применения процедуры медиации, в отличие от случаев, когда предложение о применении медиации было внесено другой стороной. Взыскание судебных издержек с победившей стороны, вероятнее всего, будет применено (в особенности Апелляционным судом) в том случае, если, разрешая подачу апелляционной жалобы, суд одновременно указал на необходимость рассмотрения медиации в качестве АСПС. Если одной из сторон такая рекомендация отклоняется, апелляционный суд, вероятнее всего, откажет в возмещении расходов, понесенных на производство в суде апелляционной инстанции, даже той стороне, которая выиграла судебное разбирательство, за исключением случаев, когда такой стороне удастся доказать, что рекомендация суда была ею рассмотрена надлежащим образом и отклонена по объективным причинам. Если судом будет установлено, что сторона надлежащим образом рассмотрела возможность применения процедуры медиации, то отказ в возмещении судебных расходов (санкции) не применяется.

44. Апелляционный суд в деле *Dunnett v. Railtrack plc* (2002)¹ отказал победившей стороне в возмещении расходов на участие в апелляционном производстве. В данном случае основанием для такого решения явилось убеждение суда, что применение альтернативной процедуры имело бы «тактические достоинства».

45. В данном случае истец утверждал, что в результате небрежности и (или) иных неправомерных действий, допущенных компанией-ответчиком, три лошади, принадлежащие истцу, выбрались с соответствующего поля и вышли на рельсы, принадлежащие ответчику, где были убиты экспрессом, двигавшимся по рельсам ответчика. В ходе судебного разбирательства решение было вынесено в пользу ответчика.

46. Истец, проигравший в суде первой инстанции, обратился за разрешением на подачу апелляционной жалобы. Это заявление истца было рассмотрено без проведения судебного заседания, только на основе исследования документов. Судья *Schiemann* разрешил подачу апелляции, но также добавил рекомендацию о необходимости использования сторонами АСПС. В ответ на это предложение г-жа *Mrs Dunnett* — истец и заявитель апелляционной жалобы, похоже, выразила некоторую готовность идти по этому пути. Но компания-ответчик сочла, что с формально-юридической точки зрения на существо спора ее позиция явно выигрышная.

47. Несмотря на то, что правовая позиция компании была поддержана в апелляционной инстанции, апелляционный суд также указал, что компания необоснованно отказалась принимать участие в процедуре медиации, рекомендованной судом². Такое решение могло быть обоснованным только при наличии одного из двух обстоятельств: либо компания-ответчик отвергла судебную рекомендацию

¹ [2002] 1 WLR 2434, CA, at [13] ff.

² Ibid., at [16], per LJ Brooke (на основании CPR Part 44); пример аналогичного решения: *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294; [2004] 1 WLR 1858.

«автоматически», без надлежащего рассмотрения, возможно, даже на основании уверенности в возможном результате судебного разбирательства (хотя очень сомнительно, что компания была настолько глупой!), либо имелись доказательства того, что медиативная процедура привела бы к урегулированию спора, поскольку его сущность сводилась не к взысканию денежной компенсации, а к принесению компанией-ответчиком извинений.

48. Однако будет более правдоподобным предположение о том, что спор касался как взыскания денежной компенсации, так и публичного признания вины ответчика. Таким образом, решение Апелляционного суда представляется неубедительным и вызывает недоумение. Компания-ответчик *Railtrack* исполнила обязанность в отношении АСПС, которая ограничена только обязанностью рассмотреть возможность их применения. И поэтому нет никаких законных оснований для возложения на нее санкций за необоснованный отказ от рассмотрения возможности использования альтернативных процедур.

Конфиденциальность информации, относящейся к процедуре медиации¹

49. Уже давно признано², что переговоры сторон об урегулировании спора, в том числе и без участия посредника, могут быть признаны конфиденциальными. Подобная конфиденциальность известна как конфиденциальность «без ущерба каким-либо существующим правам», т.е. сведения, полученные другой стороной в ходе подобных переговоров, не являются доказательствами в суде³. В деле *Cumbria Waste Management Ltd v. Baines Wilson* (2008) было установлено, что сведения, переданные в ходе процедуры урегулирования спора с участием посредника между сторонами *X* и *Y*, остаются конфиденциальными, если хотя бы одна из сторон — *X* или *Y* —

¹ О режиме конфиденциальности в аспекте медиации см.: A.F.C. Koo, *Confidentiality of Mediation Communications* // (2011) *CJQ* 192; Neil Andrews, *English Civil Procedure*. 2003, 25.45–25.48; Neil Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, 11.49–11.61; Eiusdem, *Contracts and English Dispute Resolution*, Tokyo, 2010, 22.20 sqq.; Brown H., Marriott A. *ADR: Principles and Practice*. 2nd ed., 1999, 22-079–22-097; Cross and Tapper on Evidence, 11th ed., 2007, 507-8; K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, 3rd ed., London, Tottel, 2007, 7.2 sqq.; B. Thanki (ed.), *The Law of Privilege*, 2006, 7.24, 7.38–7.39; для США и Австралии: P. Newman // M. Liebmann (ed.), *Mediation In Context*, London; Philadelphia, 2000, p. 188; см. также: D. Spencer. M. Brogan, *Mediation: Law and Practice*, Cambridge UP, 2006, ch. 9, отметим с. 329, законодательство Австралии на этот счет; общий комментарий: Scottish Law Commission's Report, Evidence: Protection of Family Mediation [1992] SLC 136 (Report) (June 1992) (содержит замечания на законопроект); the Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995; см. Также комментарии из разных источников, собранные в: Brown and Marriott, *cit.* (2nd ed., 1999), 22-089–22-091, а также (1988) 12(1) Seton Hall Legis J.

² О развитии этого типа конфиденциальности см.: D. Vaver, «Without Prejudice» communications-their admissibility and effect // (1974) *Univ. Brit. Col. L. Rev.* 85 (cited by Robert Walker LJ // *Unilever plc v. The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, 2445, CA).

³ Neil Andrews, *English Civil Procedure*, 2003, ch. 25; Brown H., Marriott A. *ADR: Principles and Practice*. 2nd ed., 1999, 22-050 sqq.; Cross and Tapper on Evidence, 12th ed., Oxford University Press, 2010, 472 sqq.; D. Foskett, *The Law and Practice of Compromise*, 7th ed., 2010, ch. 22; C. Hollander, *Documentary Evidence*, 10th ed., 2009, ch. 16; M. Iller, *Civil Evidence: The Essential Guide*, Sweet & Maxwell, 2006, 8-88–8-104; P. Matthews, H. Malek, *Disclosure*, 3rd ed., London, 2007, 11.121 sqq.; *Phipson on Evidence*, 17th ed., 2010, p. 24-18 sqq.; C. Passmore, *Privilege*, 2nd ed., 2006, ch. 10; B. Thanki (ed.), *The Law of Privilege*, Oxford University Press, 2006, ch. 7; Zuckerman on Civil Procedure, 2nd ed., 2006, ch. 16; см. также: J. McEwan, «Without Prejudice»: Negotiating the Minefield // (1994) 13 *CJQ* 133.

не желает отказаться от подобной конфиденциальности¹. Дело *Brown v. Rice* (2007) подтверждает, что сторона достигнутого соглашения может раскрыть содержание переговоров сторон по урегулированию спора для того, чтобы доказать факт достижения соглашения, а также для установления условий такого соглашения.

50. Когда стороны отказались от конфиденциальности сведений, переданных в процессе переговоров, и судом рассматривается вопрос о распределении судебных издержек, в силу позиции, сформулированной судьей *Jack в деле Carleton v. Strutt & Parker* (2008), судом учитывается степень «необоснованности» позиций сторон, занятых при проведении переговоров².

51. Статья 7 Директивы ЕС о некоторых аспектах медиации (2008) содержит указание на то, что за исключением случаев, когда стороны договорились о другом, медиатор не может быть принужден к даче показаний в отношении сведений, ставших ему известными в связи с процедурой медиации³. Таким образом, Директивой не предусмотрена «автономная», т.е. независимая от воли сторон, обязанность медиатора сохранять конфиденциальность. Посредники не должны обладать свидетельским иммунитетом (по общему правилу используемым против сторон и третьих лиц), который бы использовался ими для защиты собственных интересов, даже в том случае, если стороны уже отказались от конфиденциальности в надлежащей форме.

52. Таким образом, в случае отказа сторон от конфиденциальности переговоров медиатор может быть привлечен судом к даче свидетельских показаний. Причинами этого являются то, что, во-первых, посредник не имеет права издавать юридически обязывающие решения в отношении сторон, как, например, судьи или третейские судьи (судьи пользуются полным судебным иммунитетом, а арбитры, в соответствии с английским правом, обладают квалифицированным иммунитетом от привлечения к гражданской ответственности), во-вторых, автономный статус обязательства посредника по сохранению конфиденциальности мог бы косвенно оградить его от юридической ответственности за неправомерные действия в ходе судебных разбирательств, а если такой иммунитет должен быть создан, то об этом должно быть объявлено прямо, т.е. такой иммунитет не должен создаваться за счет очевидного постороннего влияния и ущемления интересов сторон.

53. В соответствии с этим принципом в деле *Farm Assist Limited* (в состоянии ликвидации) *v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No 2)* (2009)⁴,

¹ [2008] EWHC 786 (QB) (HH Judge Frances Kirkham sitting as a High Court Judge).

² [2008] EWHC 424 at [72]; замечания по этому поводу см.: Sorabji // (2008) 27 *CJQ* 288, 291–292.

³ «Статья 7. Конфиденциальность медиации

С учетом того, что медиация проводится на основе принципов конфиденциальности, Государства-Члены обязаны обеспечить то, что ни посредники, ни иные лица, участвующие в обеспечении процедуры медиации, не могут быть принуждены к даче показаний в гражданском или коммерческом судопроизводстве или в третейском суде в отношении информации, которая стала им известна в связи с процедурой медиации, если только стороны спора не договорились об ином. Указанный иммунитет не распространяется на случаи, когда дача показаний необходима для защиты публичного порядка Государства-Члена, в частности для защиты прав и законных интересов несовершеннолетних лиц, для предотвращения причинения вреда здоровью или жизни граждан, и на случаи, когда разглашение информации о содержании соглашения необходимо для принудительного исполнения такого соглашения. Параграф 1 не должен толковаться как ограничивающий права Государств-Членов установить более строгие требования к соблюдению конфиденциальности процедуры медиации».

⁴ [2009] EWHC 1102 (TCC); [2009] BLR 399; 125 Con LR 154.

судья Ramsey подтвердил правомерность привлечения посредника в качестве свидетеля для дачи показаний о достигнутом соглашении об урегулировании спора, осуществленного по ходатайству стороны такого соглашения. Судьям были разграничены¹: (1) оговорка о конфиденциальности, предусматривающая в том числе право на конфиденциальность самого медиатора, и общий режим конфиденциальности, (2) подразумеваемые права на конфиденциальность и общий режим конфиденциальности; (3) конфиденциальность переговоров «без ущерба для каких-либо прав» (обязательство о конфиденциальности, которое распространяется на стороны, но не на медиатора); и (4) специальная оговорка, исключающая право сторон на вызов медиатора в суд для дачи показаний в качестве свидетеля (данный пункт был выделен, чтобы не создавать отдельный режим конфиденциальности и/или иммунитет посредника).

Заключение

54. *Пределы альтернативных способов разрешения споров.* Использование системы гражданского судопроизводства в некоторых случаях абсолютно необходимо, поскольку некоторые споры не могут быть разрешены в порядке медиации, предполагающей согласованные действия сторон спора, а некоторые — и в порядке третейского судопроизводства, в отношении которого также предполагается достижение договоренности сторонами. Это объясняется тем, что государственные суды наделены большими полномочиями, в том числе и по принуждению сторон, в отличие от третейских судей и медиаторов, чьи полномочия в значительной степени относятся к области морали и намного меньше по содержанию. Таким образом, производство по гражданским делам в государственных судах, обеспечивается силой государственного принуждения: суд может принимать решения об обязательной явке свидетелей, о наказании за лжесвидетельство, о принудительном исполнении судебных актов, привлекать к ответственности за нарушение судебных запретов; судебная система также может защитить стороны от недобросовестного поведения другой стороны, в том числе за счет применения обеспечительных мер. По этим причинам использование государственной судебной системы является особенно важным, а в некоторых случаях даже абсолютно необходимым². Кроме того, в судебном процессе могут создаваться юридически значимые прецеденты. И все это может быть использовано в качестве эффективного способа защиты права, в особенности против мошенников или виновно действующих неплательщиков. Почти все ответчики, скорее всего, не будут принимать конструктивное участие в медиативной процедуре, и их единственной целью будет циничное использование медиации в качестве способа отсрочки «судного дня». Кроме того, гражданское судопроизводство, особенно судебное разбирательство в англо-американской системе, включает в себя такие важные атрибуты «открытого» правосудия, как демонстрация целостности и устойчивости правовой системы и угроза публичного привлечения к ответственности для правонарушителей³.

¹ [2009] EWHC 1102 (TCC); [2009] BLR 399; 125 Con LR 154, at [44], and at [45] ff.

² K. Mackie, D. Miles, W. Marsh, T. Allen, *The ADR Practice Guide*, 3rd ed., London, Tottel, 2007, 3.4.1.

³ Комментарий и литературу см.: H. Genn, *Understanding Civil Justice* // (1997) 50 *CLP* 155, 186–187 и Peter L. Murray (Harvard), *The Privatization of Civil Justice* // (2007) 12 *ZZP Int* 283–303 (*Zeitschrift für Zivilprozess International*: Germany).

55. *Выбор потенциальных сторон судебного разбирательства.* Разрешение спора представляет собой демократический процесс, наподобие политической системы. Если избиратели предпочитают одной политической партии другую, они демонстрируют это, опуская бюллетень в избирательную урну. Если использование судебной системы в целом или ее определенной подсистемы отталкивающе дорого или судьям недостает должного внимания и концентрации на рассматриваемом споре, то те, у кого есть выбор, — физические и юридические лица, включая иностранные юридические лица, и даже органы государственной власти — изберут другой путь разрешения спора. Именно по этой причине объединения лиц, пользующихся услугами государственных судов (англ. *Committees of Court Users*), крайне полезны. С помощью подобных объединений судьи могут получать критические отзывы об общем качестве осуществления ими правосудия по гражданским делам, за исключением, конечно, официальных комментариев по конкретным спорам. Необходимо отметить, что далеко не каждый имеет возможность избежать использования государственной судебной системы. Но среди тех в Англии, у кого есть право выбора, наметилась четкая тенденция избегать разрешения спора в государственных судах путем включения третейской или медиативной оговорки или за счет обращения к АСРС постфактум. И конечно, стороны спора вправе в любой момент попытаться разрешить спор путем переговоров с участием посредника или без такового, передав его рассмотрение на разрешение третейского или государственного суда.

Джером Коэн (*Jerome Cohen*)¹

КИТАЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Принятие 14 марта 2012 г. основных поправок к Закону об уголовном судопроизводстве Китайской Народной Республики (ЗУС) было, возможно, самым важным этапом в юридическом развитии страны в последние годы. Во время длинного периода его разработки буквально десятки его условий и упущений были предметами больших споров в правительстве, профессиональных и академических кругах. Теперь продолжается обсуждение как чиновниками, так и авторитетными учеными способов интерпретации и исполнения новых положений, которые вступают в силу с 1 января 2013 г., а юристы готовятся протестировать их.

Закон об уголовном судопроизводстве (ЗУС) Китая иногда называют «мини-конституцией», потому что фактическая конституция имеет мало практического значения, особенно в уголовном судопроизводстве. Судам Китая не разрешают интерпретировать и применять конституционные положения, и Постоянный комитет Национального народного конгресса, который является исключительным санкционированным органом для толкования и предписания конституционных норм, фактически инертен в этом отношении. Таким образом, в Законе об уголовном судопроизводстве китайские

¹ Профессор Нью-Йоркского университета (*New York University*) (США).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен Л. Фатхуллиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

граждане — более чем 20% населения всего мира — и все иностранные граждане, проживающие в Китае, должны найти, надо надеяться, ограничение правительственной власти в уголовных делах. ЗУС отражает степень, в какой Китайская коммунистическая партия принимает международные стандарты или по крайней мере стремление к фундаментальной справедливости в уголовном процессе.

Настоящая конференция могла бы быть полностью посвящена рассмотрению многочисленных сложных вопросов, поставленных недавно пересмотренным ЗУС. Технически это исправленная версия ЗУС, принятого в 1996 г., который в свою очередь являлся существенно пересмотренным ЗУС, принятым в 1979 г. Темы, заслуживающие анализа: презумпция невиновности; привилегия против дачи невыгодных для себя показаний; защита от произвольного розыска, ареста и содержания под стражей; уведомление семьи о факте, причине и месте содержания под стражей; выбор времени и доступ к адвокату; запреты на пытки и исключение незаконно полученных доказательств; элементы справедливого суда, включая появление свидетелей в суде и право на перекрестный допрос; вынесение судебного решения политически независимым трибуналом; беспристрастный и соответствующий пересмотр в порядке апелляции, включая обзор дел о преступлении, грозящем смертной казнью; специальные процедуры, связанные с подростками, лицами с психическим заболеванием, национальной безопасностью, терроризмом и массовым взяточничеством.

Все же темой этой конференции — роль медиации в разрешении различных типов споров — не пренебрегли создатели нового ЗУС. Хотя медиация, возможно, не столь широко входит в рассматриваемые проблемы, обычно связанные с гражданскими свободами, она долго признавалась основной особенностью китайской правовой системы, вне зависимости от существующего — «феодалного», «буржуазного» или «социалистического» — строя. Действительно, прошлое десятилетие засвидетельствовало растущую динамику использования медиации не только в гражданских спорах, но также и в уголовных делах, и особенно формы медиации, названной «мировое соглашение в уголовных делах» или, более определенно, «согласование преступника — жертвы».

Безусловно, в Китае этот тип урегулирования споров новый по названию, но не на практике. Ситуация немного походит на ту, в которой молодой человек обнаруживает, что описал в прозе всю свою жизнь. Китайские ученые часто отмечают, что китайцы тысячелетиями неофициально улаживали уголовные споры, так же как и споры других видов, с помощью третьих лиц. В этом докладе использование термина «медиация» — удобный, краткий способ выделить спектр методов, за исключением формального судебного решения, ведь китайские третьи лица раньше облегчали такие урегулирования. Традиционно эти процедуры различались: от простого собирания сторон до посредничества в предложении условий соглашения и даже оказания на стороны большого давления с целью принятия предложенных условий. В имперском Китае, где не классифицировались дела на «гражданские» или «уголовные», в основном это посредничество осуществлялось «от имени» конфуцианской гармонии вне официальной судебной процедуры деревней, кланом или лидерами гильдии¹.

¹ См.: Jerome Alan Cohen, *Chinese Mediation on the Eve of Modernization* // 54 Cal. L. Rev. 1206 (footnote 28), 1223 (1966).

Сегодня, однако, когда представители Китайской коммунистической партии обращаются к национальной традиции медиации, они часто имеют в виду очень существенную степень, в которой коммунистические лидеры, сотрудники правоохранительных органов и судьи осуществляли эту форму урегулирования споров в «освобожденных областях» Китая, где коммунисты управляли в течение приблизительно двух десятилетий, прежде чем получили общенациональную власть в 1949 г. Общая численность населения тех областей к 1945 г. достигла 90 млн человек, большинство людей жили в сельских, часто примитивных условиях, что обуславливало существенные проблемы в управлении. Именно в тех областях Китайская коммунистическая партия сформировала свои отношения к закону, правовой системе и урегулированию споров и начала преобразовывать унаследованную имперскую медиацию в инструмент модернизации общества и достижения общественного контроля согласно революционным целям Партии¹.

В течение этих шести десятилетий, начиная с учреждения Китайской Народной Республики (КНР), Партия пыталась провести глубокие политические, экономические и социальные изменения в стране, и в результате длительных усилий построила «социалистическую правовую систему с китайскими особенностями», чтобы осуществить эти изменения. В течение примерно десятилетия до 2005 г. высшие чиновники сосредоточились главным образом на выработке предписаний материального права, укреплении правовых институтов и процедур для того, чтобы реализовать эти законы и обучить персонал, требуемый для работы в этой формальной правовой системе. Значительное внимание было уделено улучшению работы судов, связанной с решением гражданских, уголовных и административных дел.

С 2005 г. Партия снова высоко подняла Красное знамя превознесенной традицией медиации «освобожденных областей», очевидно, в надежде на поддержку ее политической и идеологической кампании, чтобы установить «гармоничное общество» и уменьшить трудности перегруженных работой судов. Соответственно, это уменьшило роль судов и формального судебного решения, несмотря на все более сложные экономические и социальные обстоятельства самого большого в мире государства по численности населения и второго по величине экономики и континентального массива и несмотря на увеличивающуюся доступность хорошо обученных китайских судей, обвинителей, юридических чиновников и адвокатов.

В области уголовного судопроизводства недавнее восстановление Партией конфуцианской «гармонии» поддержало две другие новые и связанные тенденции, которые помогли стимулировать интерес к медиации и мировому соглашению в уголовных делах. Относительно наказания партийные юридические чиновники и ученые возвестили о политике, «объединяющей мягкость и серьезность». Это особенно относится к стремлению сократить обширность исполнительного

¹ Ibid., at 1205 (footnote 24), цит. Ma Hsi-wu, *The People's Judicial Work in the Shensi-Kansu-Ninghsia Border Area During the Stage of the New Democratic Revolution, 1955* // (1) Political-Legal Research, 7, 12–13 (footnote 25), цит. Wang Min, *The Major Significance of the People's Adjustment Work in Resolving Contradictions Among the People* // 1960 (2) Political-Legal Research, 27–28. См.: Chen Guangzhong, Ge Lin, *Preliminary Exploration of Criminal Reconciliation* // 5 Chinese Legal Science 7 (2006); Chen Guangzhong, *Further Exploration of Criminal Reconciliation* // 2 Criminal Science 4 (2010).

производства, но это, как считают, применимо также к меньшим наказаниям. В то же время в прошлое десятилетие в Китае отмечалась растущая озабоченность обеспечением большего удовлетворения жертв преступлений, которым долго пренебрегало общество и правовая система в Китае, так же как и в любом другом месте.

В последние годы мировое соглашение в уголовных делах как разновидность медиации все более и более признавалось в Китае темой, заслуживающей законодательного рассмотрения, если не непосредственного регулирования. Хотя не было согласия среди влиятельных ученых, чиновников и адвокатов об определении понятия, был отмечен тот факт, что практика, хотя в основном недокументированная и мало изученная, далеко опередила теорию в этом отношении. Множество официальных или полуофициальных третьих лиц участвовали в процедуре медиации по уголовным делам всех типов, что привело к выводу о необходимости проанализировать действительность и связать ее с «социалистическим верховенством закона».

Не удивительно, что эти обстоятельства обусловили активную деятельность по проведению академической и правовой реформы, касающейся согласования преступника — жертвы. В 2006 г. ведущий деятель Китая в уголовном судопроизводстве, легендарный преподаватель Чэнь Гуанчжун из китайского Университета политологии и права, включал мировое соглашение в уголовных делах в Проект мнения эксперта для пересмотренного Закона об уголовном судопроизводстве, изданного исследовательской группой, которую он возглавил¹. В том же году он и его коллега опубликовали эссе с целью внести некоторую ясность в отношении внезапно ставшего популярным предмета².

В своем эссе они отмечали, что должно быть сделано различие между уголовной медиацией и мировым соглашением в уголовных делах, в зависимости от степени активного участия третьего лица, помогающего с урегулированием споров. Медиация, как они установили, должна относиться к ситуациям, предполагающим активное вмешательство третьего лица, в то время как мировое соглашение в уголовных делах может быть достигнуто в основном самими сторонами, с пассивным, ограниченным участием третьего лица или вообще без него.

Далее в докладе будет рассмотрено, как в течение следующих пяти лет начался официальный процесс подготовки ЗУС, продолжались академические дебаты о мировом соглашении в уголовных делах и одновременно судебные департаменты Китая предпринимали все больше формальных шагов, чтобы вести события в ногу со временем, а ряд ученых начали эмпирическое исследование, целью которого было лучше понять то, что происходит в практике.

¹ Chen Guangzhong, Ge Lin, *Preliminary Exploration of Criminal Reconciliation* // 5 Chinese Legal Science 11 (2006). Professor Chen referred to his book, 中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家意见稿与论证 [*Expert Draft for Re-Amendment to the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China and Its Annotations*] China Legal Publishing House 8 (Chen Guangzhong ed., 2006). (Article 20 provides that, if the suspect or the defendant has reconciled with the victim or the victim's close relatives, the People's Court, the People's Procuratorate, and the public security bureau may consider the parties' will to reconcile and decide, depending upon specific circumstances of a case, not to pursue the suspect's criminal liability, to sentence the defendant to a lesser punishment, or exempt the defendant from punishment according to law.)

² Ibidem.

Новая законодательная глава

Не удивительно, что в пересмотренном ЗУС 2012 г. появилась новая глава: «Процедуры согласования между сторонами в делах с государственным обвинением». Ее три довольно короткие статьи заслуживают нашего внимания. Первая — ст. 277 — устанавливает:

«Где подозреваемый или ответчик искренне выражает свое раскаяние в преступлении и получает прощение жертвы через компенсацию за потерю, приносит извинения или использует для этого иные средства, и жертва добровольно хочет урегулировать данный спор, эти две стороны могут урегулировать спор во внесудебном порядке в следующих случаях государственного обвинения:

(а) если преступление вызвано гражданским спором и подозреваемый подпадает под главы 4 и 5 Специальных положений уголовного права, для которого срок заключения предусмотрен три года или меньше;

(б) если преступление совершено из-за небрежности, для которого срок заключения составляет семь лет или меньше, за исключением преступлений нарушения официальной правительственной обязанности.

«Где подозреваемый или ответчик совершили умышленное преступление в течение предыдущих пяти лет, процедуры, предписанные в этой главе, не могут применяться».

Нужно отметить, что эта возможность ограничена определенными случаями «государственного обвинения». Начиная с 1979 г. ЗУС всегда содержал разрешение для судов проводить медиацию в большинстве споров между сторонами в случаях частного обвинения, и эта возможность была сохранена и в недавно исправленной версии¹. Новая версия подтверждает, впервые в уголовном законодательстве, возможность использования судебной медиации в гражданских исках, связанных с уголовными преследованиями, — практика, которая была разрешена судебным толкованием в 1998 г.²

ЗУС 2012 г. содержит новое положение о том, что часто составляет, но не названо таким образом, просьбу о заключении сделки в случаях, которые попадают в категорию «суммарного судопроизводства»³. В некоторых случаях этот процесс, несомненно, вовлекает *de facto* медиацию, особенно если ответчику оказывают помощь адвокат, как случается в меньшинстве случаев⁴. Кроме того, обвинитель, например, может в действительности посредничать между обвиняемым и судом,

¹ См.: *The Criminal Procedure Law of 1979* (promulgated by the Standing Committee of the Nat'l People's Cong, July 7, 1979, effective Jan. 1, 1980), art. 127. *The Criminal Procedure Law of 1996* (revised by the Nat'l People's Cong., Mar. 17, 1996, effective, Jan. 1, 1997), art. 172 and *The Criminal Procedure Law of 2012*, art. 206.

² См.: *Interpretation of the Supreme People's Court on Some Issues Concerning the Implementation of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* (promulgated by the Supreme People's Court, Sept. 2, 1998, effective Sept. 8, 1998) (art. 96 *The court may conduct mediation in affiliated civil cases other than those initiated by a People's Procuratorate*). См. также: *Provisions of the Supreme People's Court about Several Issues Concerning the Civil Mediation Work of the People's Court* // *Supreme People's Court*, Sept. 16, 2004).

³ *Decision of the National People's Congress on Amending the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* (2012).

⁴ Han Jiayi, *Criminal defense rate is less than 30%, Lawyers Avoid Criminal Litigation Because of High Risks* // *The People's Daily*, Aug. 8, 2011 (<http://legal.people.com.cn/GB/15351638.html>) (последнее посещение: 31 марта 2012 г.).

и даже судья может стремиться устранить разрыв между обвинителем и обвиняемым.

Все же новая глава не ссылается ни на одну из возможностей, предоставляемых частным судебным преследованием, связанным с гражданскими исками или итоговыми процедурами. Нет ни одного упоминания в новом ЗУС о возможностях понимания новой главы мирового соглашения в уголовных делах.

ЗУС 2012 г. также не принимает во внимание китайский Закон о медиации 2010 г., который разрешает и упорядочивает операции «общенациональных комитетов медиации», функционирующих и в сельских районах, и в городах¹. Закон о медиации избегает вопроса о видах дел, подпадающих под юрисдикцию комитетов по медиации. До принятия этого Закона было вообще признано, что такие комитеты могли заниматься «незначительными уголовными делами», хотя не было согласия относительно дел, находящихся в пределах этого понятия. Закон о медиации неявно разрешает рассмотрение некоторых видов уголовных споров. Это означает, что для «споров, подходящих для медиации», общественные органы безопасности, такие как суды, уполномочены предлагать участникам спора обратиться в комитет по медиации. Закон также инструктирует посредников, которые имеют дело со спорами по мелким правонарушениям против общественного порядка².

Статья 277 недавно пересмотренного ЗУС не указывает на роль правительства в установлении согласования или на последствия согласования для уголовного процесса. Как подозреваемый ответчик и жертва преступления вступают в контакт, чтобы обсудить возможность соглашения? Облегчит ли официальное агентство процесс переговоров? Правоохранительные органы будут тщательно исследовать, было ли соглашение достигнуто добровольно и выразил ли обвиняемый извинение через компенсацию или другими методами и действительно ли получил прощение жертвы? И может ли обвиняемый получить выгоду на основании действительного соглашения? На эти вопросы отвечают только частично ст. 278 и 279.

Статья 278 устанавливает: «Где обе стороны урегулировали спор, общественная власть безопасности, прокуратура и народный суд должны услышать мнения сторон и других соответствующих людей, провести обзор добровольности и законность согласования и осуществлять контроль при формулировании мирового соглашения». Это положение требует комментариев и принятия ЗУС 2012 г.

Хотя в ст. 278 не говорится явно о роли официальных агентств в переговорах сторон, это очевидно и понятно тому, кто знаком с уголовным процессом Китая. Правоохранительные органы должны будут помочь в примирении сторон, не убеждая их урегулировать. Это, конечно, возможно в современном Китае, как и в имперском Китае и в последующих предкоммунистических режимах, когда преступник и жертва урегулировали отношения прежде, чем могли вмешаться чиновники. Даже если семья задержанного лица, друзья или адвокат сами начинают вести переговоры с жертвой или его семьей, никакое соглашение не может быть достигнуто без участия обвиняемого.

¹ *People's Mediation Law of the People's Republic of China* // *Standing Committee of the Nat'l People's Cong.*, Aug. 28, 2010, art. 2, 9 (термин «люди медиации», как упомянуто в этом Законе, относится к процессу, в котором Комитет по посредничеству решает спор, убеждая заинтересованные стороны достигнуть медиативного соглашения путем переговоров относительно равных условий доброй волей).

² *Ibid.*, art. 25.

Также, кажется, понятно, что правоохранительные органы, в том числе полиция, прокурор или суд, могут играть активную роль, помогая сторонам достигнуть соглашения. Такая помощь не должна быть ограничена простым заслушиванием сторон и других участников и проверкой добровольности и законности их соглашения, как явно предписано. Статья 278 не оставляет сомнений, что по крайней мере к тому времени, когда стороны готовы оформить свое соглашение письменно, официальный представитель должен «осуществлять контроль» над процессом, что может означать и направление этого процесса. Таким образом, активная роль вовлеченного правительственного учреждения — неявно или явно — заключается в том, чтобы быть активным посредником, который играет роль в так называемой медиации и мировом соглашении в уголовных делах.

Хотя не упомянуто о месте проведения медиации, это, иногда, вероятно, будет комната в здании места содержания обвиняемого, хотя возможны любые «предложения», которые может сделать представитель обвиняемого.

Как только действительное соглашение достигнуто, каково его значение? Статья 279 говорит нам, что это позволяет полиции предложить, чтобы обвинитель рассматривал дело ответчика «с мягкостью», и уполномочивает обвинителя предложить, чтобы суд вынес мягкий приговор. Статья также уполномочивает суд рассматривать дело ответчика «мягко» и указывает, что «в случаях мелких правонарушений, которые не требуют наказания», прокуратура может решить не преследовать по суду. Все же ни одно из этих условий не подтверждает существующие полномочия, которые долгое время осуществлялись по многим причинам в дополнение к соглашению жертвы — преступника.

Если вышеупомянутые комментарии точны, что мы должны думать о новой главе о мировом соглашении в уголовных делах в ЗУС? Действительно ли она была необходима? Действительно ли достаточно этого, чтобы удовлетворить растущий спрос на медиацию в уголовных делах? И как должны слушания в соответствии с этой главой касаться других связанных с медиацией процедур, которые были ранее разрешены и осуществлялись на практике?

Предыстория новой главы

Новые положения, конечно, не обновили систему, выстроенную Правовым комитетом по работе Национального народного конгресса. Уже в 2002 г. местные власти в Пекине, Шанхае, Чжэцзяне и других областях — обычно в офисах обвинителей, но иногда вместе с полицией и судами — начали выпускать предварительные правила, регулирующие эксперименты в уголовном согласовании, главным образом для случаев легкого телесного вреда. Все же эти скромные начала получили развитие после того, как Центральный комитет партии выпустил известное «Решение по нескольким важным проблемам в строительстве социалистического гармоничного общества» в 2006 г.¹ Документ призвал не только к увеличению гармонии в обществе, но также и к тому, чтобы включить и «мягкость», и «серьезность» в осуществление уголовного судопроизводства. Мировое соглашение в уголовных делах казалось

¹ Chen Weidong, *Establishing the Criminal Special Procedure with Chinese Characteristics* // 6 *China Legal Science*, 35 (2011).

превосходным средством для того, чтобы осуществить новую линию партии, тем более что это обещало предоставить жертвам преступления более надежный и быстрый метод получения компенсации за вред, который они понесли.

Хотя западные теории «восстановительного правосудия», связанного с мировым соглашением в уголовных делах, вошли в китайские академические круги ранее, они не вызвали интереса правительственных чиновников и законодателей, несмотря на имперскую традицию медиации в Китае. Это принудило профессора Чена Вейдонга, одного из передовых экспертов Китая в уголовном судопроизводстве и противника новой главы о мировом соглашении в уголовных делах, характеризовать эти события как «ответы на целесообразность внутренней политики», а не как ряд твердых и рациональных законодательных инициатив¹.

Линия новой партии также начала оказывать влияние и на национальном уровне. Я уже упомянул усилия 2006 г. профессора Чэнь Гуанчжуна поддержать новую тенденцию². В 2007 г. Верховная народная прокуратура (ВНП) обратилась к своим сотрудникам с просьбой участвовать в большом исследовании относительно мирового соглашения в уголовных делах³. Вскоре после того, как Политбюро в конце 2008 г. подчеркнуло политику объединения «мягкости» и «серьезности» в дальнейшем преобразовании судебной системы⁴, Центральный политико-правовой комитет партии выпустил первое из двух мнений, поощряющих мировое соглашение в уголовных делах⁵. В 2010 г. оно предписало правила для того, чтобы суды могли использовать мировое соглашение в уголовных делах конфиденциально, а не в государственном обвинении, которое разрешается в ЗУС⁶. В следующем году ВНП, у которой, кажется, был большой энтузиазм по поводу мирового соглашения в уголовных делах, чем у ВНС, издал документ, определенно посвященный использованию мирового соглашения в уголовных делах в государственном обвинении незначительных уголовных дел⁷.

Предварительные ответы на новую главу

Когда 30 августа 2011 г. Постоянный комитет Национального народного конгресса (ННК) прервал очень секретный законодательный процесс, публикуя проект исправленного ЗУС для общественного обсуждения, новая глава по миро-

¹ Chen Weidong, *Establishing the Criminal Special Procedure with Chinese Characteristics* // 6 *China Legal Science*, 35 (2011).

² Chen, Ge, *cit.*

³ См.: *Several Opinions by the Supreme People's Procuracy on Implementing the Criminal Justice Policy of Combining Leniency with Severity in Prosecutorial Activities*, Jan. 15, 2007, art. 26 (Теоретическое исследование в области внедрения уголовной политики объединения «мягкости» с «серьезностью», должно быть проведено в жизнь.)

⁴ См.: Qin Xudong, *To Raise the Curtain for a New Round of Judicial Reform* // *Caijing Net*, Dec. 18, 2008 (<http://www.caijing.com.cn/2008-12-18/110040452.html>) (последнее посещение: 1 апреля 2012 г.).

⁵ *The Central Political and Legal Committee's Opinions of Several Issues Regarding the Deepening of Judicial Reforms and Working Mechanisms* (issued in Dec. 2008).

⁶ *The Several Opinions Regarding the Implementing of the Policy of Incorporating Both Leniency and Severity in Criminal Justice*, 2010, part 5, art. 40: «Мы проведем посредничество как можно больше, чтобы решить конфликты в частных версиях обвинения, облегчая согласование, достигнутое сторонами самостоятельно».

⁷ *Notice of Issuing Several Opinions of the Supreme People's Procuracy on Handling Petty Criminal Cases Where the Parties Had Reached Reconciliation*, Jan. 29, 2011.

вому соглашению в уголовных делах не привлекла особого внимания. Внимание общественности было сосредоточено на других условиях, особенно на тех, которые разрешают задержание определенных подозреваемых в течение максимум шести месяцев без возбуждения обычного уголовного судопроизводства.

Несколько из 153 членов Постоянного комитета, который принял участие в сессии, действительно обратились к тем условиям, однако продемонстрировали широкий диапазон мнений. Один Лю Чжэньвэй, предпочел отложить введение главы, чтобы дать время для дальнейшего исследования предмета. Он выразил беспокойство, что мировое соглашение в уголовных делах откроет способ для богатых людей незаконно избежать тюрьмы, давая компенсацию жертвам в таком объеме, что жертвы согласились бы отозвать свою жалобу, и власти согласились бы не преследовать по суду преступника. В более широком смысле он также полагал, что процесс согласования, предоставляя слишком много усмотрения жертвам и преступникам, вторгнется во власть и торжественность системы уголовного правосудия¹.

Возражая против новой главы, другой законодатель, Конг Бин, осудил вставку в уголовное законодательство нормы, касавшейся медиации или урегулирования гражданских споров. Он утверждал, что если должно быть мировое соглашение в уголовных делах, оно должно иметь место между государством и обвиняемым. Жертва — не основная сторона в уголовной тяжбе. Он утверждал, что согласование преступника — жертвы позволяет этим двум частным сторонам действовать против и даже бросить вызов государственной власти, таким образом ослабляя ее.

Третий законодатель, который выразил свои взгляды, Шен Чуньяо, поддержал новую главу и даже предложил расширить ее область, чтобы включить преступления, вызванные гражданскими спорами, где максимальное наказание пять, а не три года. Шен похвалил новую главу как инновационную инициативу ввести понятие восстановительного правосудия в государственное обвинение².

Только несколько академических экспертов выразили свои мнения о предложенных медиационных процедурах в период между публикацией проекта для общественного обсуждения и его принятием в исправленной форме. Самый существенный критический анализ был сделан профессором Ченом Вейдонгом³. Хотя он назвал условия вехой в усилиях ученых и практиков, чтобы развить роль преступного согласования, он утверждал, что будет преждевременно предписывать их. Международная тенденция в пользу защиты прав жертв не обязательно означает, что ЗУС должен разрешить мировое соглашение в уголовных делах для случаев государственного обвинения, сказал он. Он указал, что, хотя Франция и Германия предусматривают мировое соглашение в уголовных делах в их кодексах, многие страны этого не делают. В Соединенных Штатах, отметил он, уголовная медиация имеет место неофициально посредством осуществления прокурорского усмотрения и посредством процесса ведения переговоров о признаниях вины без законодательного признания. Китай, отметил он, все еще испытывает недостаток в независимых положениях уголовного права и процедурных структурах для того,

¹ *Amendments to The Criminal Procedure Law Arouse Controversies: Does Criminal Reconciliation Means Money Can Buy Freedom?* // Chinanews.com, Sept. 28, 2011 (<http://www.chinanews.com/fz/2011/09-28/3358875.shtml>) (последнее посещение: 1 апреля 2012 г.).

² Ibidem.

³ Chen, *cit.*, at 32.

чтобы эффективно осуществить мировое соглашение в уголовных делах. В Китае это был бы «изолированный механизм».

Чен Вейдонг также выразил серьезные сомнения относительно ценности самого преступного согласования. Он расценил его как угрозу должному процессу, потому что это подчеркивает результаты, а не процедуры. Это ориентируется на убытки и станет «открытым рынком для бесстыдной торговли», так как обвиняемый стремится уклониться от наказания через денежные платежи, вредя индивидуальному достоинству и торжественности судебного процесса. В целях достижения гармонии, указал он, даже мошенничество, принуждение, угрозы и вымогательство могут быть проигнорированы, если результат «успешен».

Согласно Чену Вейдонгу, мировое соглашение в уголовных делах — бедное средство социальной системы дать компенсацию жертвам преступления. Если этот пробел будет восполнен, то энтузиазм по поводу преступного согласования уменьшится. Кроме того, он отметил, что эта практика будет способствовать несправедливости, так как только богатые будут в состоянии заплатить за то, чтобы их отпустили. Хотя новое законодательство рассматривает преступника, выигрывающего прощение жертвы, демонстрируя свое раскаяние через извинение, компенсацию и другие методы, реалистично — это компенсация, которая неизбежно станет мерой раскаяния, подчеркнул он. Если есть неотложная потребность предоставить компенсацию жертвам через судебную систему, профессор Чен защищает усиление действующего законодательства, которое уполномочивает жертвы подавать иски о возмещении убытков через гражданские суды.

Другой выдающийся ученый — специалист в области уголовного судопроизводства, профессор Ван Цзяньчэн из Пекинского университета, в эссе, посвященном реформе системы свидетельских показаний, прокомментировал только аспект доказательств условий согласования.

Академический обвинитель и молодой профессор права, однофамилицы Чжан, предложили положительную и более всестороннюю оценку главы проекта, содержащую некоторые полезные предложения¹. Прежде всего, отмечая, что глава названа «Процедуры согласования сторон в случаях государственного обвинения» и нигде не используется термин «мировое соглашение в уголовных делах», авторы призвали к использованию термина «мировое соглашение в уголовных делах» и артикуляции ясного определения слова, предпочтительно равняя его с «согласованием преступника-жертвы». Они также обеспокоены содержанием того, что стало ст. 278. Безусловно, говорят они, начиная с полиции обвинители или суды представляют верховную власть, они должны рассмотреть мировое соглашение, его добровольность и законность. Но, очевидно, потому что рецензенты — правительственные чиновники, авторы утверждают, что рецензенты не должны также быть обвинены в ответственности за осуществление контроля мирового соглашения.

Авторы полагают, что, по причинам истории, культуры и судебной традиции, мировое соглашение в уголовных делах имеет смысл для Китая и что это также со-

¹ Zhang Shuming, Zhang Xiaoxiao, *Thoughts on Several Issues of Criminal Reconciliation — Discussion of Related Issues in the Revision Proposal to the Criminal Procedure Law (Draft)* // 11 *China Criminal Justice Journal* 63 (2011).

ответствует зарубежному опыту. Кроме того, они утверждают, что это соответствует текущим политическим обстоятельствам страны.

Чжан и Чжан «за» то, чтобы в расширяющуюся область уголовных дел, имеющих право на согласование, включать те дела, которые касаются подростков и пожилых людей. Хотя они соглашаются с представлением, что согласование может иметь место во время любой из трех главных стадий преступного процесса — расследования, обвинительного приговора и исполнения решения, — они выступают против обращения к нему во время стадии предписания решения суда. Они утверждают, что с точки зрения теории права решение суда — уже окончательное и обязательное и должно быть лишено влияния частных сторон; также, с точки зрения эффективности издержек, не было бы мудро расширить уже к тому времени законченную тяжбу, любая попытка посредничества не будет экономить судебные ресурсы, но тратить их; и у авторов есть сомнения относительно добровольности и раскаяния, которые могли бы быть продемонстрированы на этой поздней стадии. Относительно стандарта доказательства, требуемого перед официальным принятием согласования, они настаивают на строгом стандарте, обычно требуемом для осуждения, потому что они обеспокоены, что эта недавно разрешенная процедура могла бы затронуть невинных людей.

Заключение

Хотя глава о мировых соглашениях в уголовных делах недавно пересмотренного ЗУС получила мало внимания общественности, проблемы, которые она открывает, не менее сложны, чем вовлеченные в знаменитые условия и идут в сердце отношений закона к китайскому обществу и рассмотрению юридической и социальной справедливости. Полиция, обвинители, судьи, другие юридические чиновники, члены комитета посредничества и адвокаты должны будут подготовиться к выходу ЗУС 1 января 2013 г. Насколько энергично они смогут действовать и в какой области, будет зависеть от того, как и когда правительственные учреждения, вовлеченные в отправление правосудия, поместят плоть в скелет новых положений. Если опыт будет гидом, то мы можем ожидать, что Верховный народный суд, Верховная народная прокуратура, Министерство общественной безопасности и Министерство юстиции, или совместно или индивидуально, выпустят детализированное толкование и другие документы относительно внедрения пересмотренного ЗУС, включая его главу по согласованию. По крайней мере некоторые из этих норм должны быть изданы прежде, чем пересмотренный закон вступит в силу. Подробное руководство будет, конечно, требоваться относительно преступного согласования, если страхи и предсказания противников этого законодательного новшества не состоят в том, чтобы быть доказанными на практике.

В последние годы неудовлетворенные жертвы стали все более и более открытыми в требовательном признании их интересов, и их ходатайства и протесты смутили режим, который стал настойчиво добиваться достижения социальной гармонии и стабильности. Действительно, общественные демонстрации неудовлетворенных жертв угрожают карьерам юридических чиновников, оценки результатов деятельности которых значительно отражают свою способность предотвратить такие демонстрации.

Мировое соглашение в уголовных делах было предписано также в более широких целях. В принципе компенсация жертвам должна быть только одним элементом процесса, разработанного, чтобы улучшить отношения между жертвой и преступником, чтобы повторно интегрировать преступника в сообщество, ослабить духовное страдание жертвы и восстановить подобие баланса общества, ткань которого была порвана преступлением. Хотя понятие восстановительного правосудия и опыт его применения в других странах только вводились в Китае в прошлые несколько десятилетий, подобные методы были знакомы и широко распространены в имперском китайском обществе. В течение многих столетий жертвы приглашались на церемониальный чай или банкет, что публично символизировало согласование и конец спора, который, возможно, в ином случае продолжился бы в бюро судьи графства с целью вынесения наказания за преступление¹.

Сторонники преступного согласования, несмотря на некоторое эмпирическое доказательство наоборот², также надеются, что это уменьшит трудности очень загруженной системы уголовного правосудия.

Все же есть серьезные основания для того, чтобы сомневаться, перевесит ли выгода этого новшества затраты. Равное правосудие в соответствии с законом — одно из основных стремлений каждой современной правовой системы. Китай не исключение. Мировое соглашение в уголовных делах, позволяя преступникам с деньгами избежать наказания или получить более легкое наказание, чем те преступники, которые не имеют средств, необходимых, чтобы убедить жертву согласиться на урегулирование, неизбежно подрывает законность государства. Преследование общественного интереса к подавлению преступления не должно быть превращено в рынок, где правосудие куплено и продано, особенно без равных возможностей для всех, даже если такая торговля ограничена случаями, которые, как думают, имеют недостаточную общественную важность.

Может казаться удивительным, что недавно объявленная «социалистическая правовая система с китайскими особенностями», должна стремиться положиться на тысячелетнюю имперскую практику медиации. Все же, как мы видели в Маоистскую эру, воздействие воспринятой важности медиации и в имперском Китае и в коммунистических «освобожденных областях» дало новой китайской правовой системе свою самую отличительную особенность. Кроме того, посредничество было заметно показано как часть возобновленного акцента стороны на массовую линию для закона начиная с 17-го Партийного конгресса в 2007 г.

Для американского студента, изучающего сравнительное право, недавнее формальное разрешение в Китае регулирования преступного согласования особенно интересно, так как много китайских судебных экспертов долго были критически настроены по отношению к господству мировых соглашений по сделкам в системе уголовного правосудия Соединенных Штатов.

Торговля сделкой с правосудием, конечно, также долго критиковалась за то, что она пренебрегла интересами жертв преступлений. Это вообще касается только интересов общественности и обвиняемого. Все же у этого есть достоинства и недостатки, в котором богатые обвиняемые обычно, не имея возможности через

¹ Cohen, *cit.*

² Song, *cit.*, at 9.

сделку с правосудием улучшить свою ситуацию, законно покупают добрую волю и сотрудничество жертвы. Мировое соглашение в уголовных делах обеспечивает эту возможность. Это растворяет общественный интерес к подавлению преступления в пользу общественного интереса к компенсации жертвам, но обычно только достаточно удачно избежать наказания. Мировое соглашение в уголовных делах рискует сделать результат уголовного дела не просто результатом сделки, но продажи!

Возможно, что руководители правоохранительных органов могут выпустить руководящие принципы реализации, которые предложат некоторую установленную и процессуальную защиту от этого риска. Внимание к размеру компенсации может быть смягчено до некоторой степени, подчеркивая, в дополнение к извинению, упомянутому в законе, альтернативные, не денежные стимулы для того, чтобы получить прощение жертв, такое как готовность нуждающегося преступника оказать какие-либо услуги жертве. Все же это вряд ли вызовет интерес у многих жертв.

Наталия Бочарова¹

РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ В РОССИИ: НА ГРАНИ ФОРМАЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР

Целью данного доклада является описание существующих в России формальных и неформальных процедур разрешения споров и конфликтов, как закрепленных в законодательстве, так и в первую очередь традиционных способов, присущих отдельным социальным группам. Задача автора во многом облегчена наличием впечатляющего массива научной и практической литературы, касающейся двух основных «альтернативных» способов разрешения споров в России, — третейского судопроизводства и медиации. Кроме того, система альтернативных способов разрешения споров не является порождением российской процессуальной теории, в которую она в полной мере была привнесена из американской доктрины, поэтому в рамках национального доклада подробно останавливаться на видах альтернативных способов разрешения споров нет необходимости.

Компаративное изучение гражданского процессуального права зарубежных государств, международного гражданского процесса (в том числе европейского гражданского процесса) не является достаточно распространенным в российской процессуальной науке. Существующие работы дают общее представление о позитивном регулировании гражданского процесса, а также иных форм деятельности по разрешению споров в иностранных правовых порядках, но отсутствие разработанной методологической основы для такого анализа не дает возможности проводить серьезные, результативные исследования в указанной области. В первую очередь,

¹ Доцент кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, к.ю.н. (Россия).

с точки зрения докладчика, виной этому является институциональный подход российских процессуалистов к изучению проблем теории разрешения споров. Отсутствие аналога института в российском процессуальном праве (или зарубежном праве) или малейшие различия в данных институтах приводят к невозможности проведения компаративного исследования как нормативного закрепления этого института, так и практики его применения. Зарубежные процессуалисты для такого рода сравнительных исследований применяют два основных метода, которые в полной мере помогают им проводить исследования не только института в целом, но и отдельных процедур (действий, функций), а также социальную подоплеку возникающих правоотношений¹. В качестве таких двух подходов к компаративному исследованию в сфере процессуального права используются функциональный и культурологический подходы, которые будут крайне полезны в раскрытии предложенной темы. Тематика «Многообразие форм разрешения споров: формальные и неформальные процедуры» включает в себя целый ряд отсутствующих в традиционной российской доктрине «аспектов», которые необходимо выявить среди существующих институтов и предложить к сравнительному анализу, в том числе понятие «процедуры», выделение признаков формальных и неформальных процедур, классификация видов/способов разрешения споров.

Основной тематикой конференции является вопрос влияния культурных, социальных аспектов общественных отношений на сложившиеся процессуальные институты в различных государствах, поэтому кратко остановимся на вопросах культурологического подхода в сравнительном анализе.

Особенности менталитета, традиции не могут не приниматься во внимание как при изучении истории развития процедур разрешения споров, так и при совершенствовании существующих формальных и неформальных способов их урегулирования. В случае если устанавливаемые государством механизмы рассмотрения и разрешения споров не коррелируются со сложившимися устоями и представлениями о справедливом, быстром и эффективном разрешении конфликтов, то копирование, рецепция или внедрение новых норм и правовых институтов не приведет к сокращению или более плодотворному разрешению споров, возникающих в обществе.

Система рассмотрения и разрешения споров тесно связана с социальным феноменом «конфликта». Очевидно, что культура формирует наши представления как об окружающем мире, так и о конфликтах и способах их устранения, так как конфликты и есть часть нашего мира². Поэтому именно в сфере рассмотрения и разрешения споров особенно важно принимать во внимание национальные особенности, возможность общественного признания и принятия вводимых механизмов. Россия

¹ Достаточно доступно и подробно данные методы изложены в работы немецких ученых, переведенных на русский язык (см., например: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 2000; *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение М., 2001). В то же время в российской научной теоретической литературе предлагается институциональный метод сравнительного правоведения (см., например: *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Применение сравнительного метода в преподавании юридических наук // Правоведение. 1971. № 5). Несовершенство современных сравнительных исследований отмечает д.ю.н. Д.Я. Малешин в работе «Методология гражданского процессуального права» (М., 2010).

² М. LeBaron Duryea, *Culture and Conflict: A Literature Review and Bibliography* // Victoria BC: University of Victoria Institute for Dispute Resolution, 1992; G.O. Faure, *Conflict, Cooperation and Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch, B.B. Bunker and J.Z. Robin*. San Francisco, Jossey-Bass, 1995.

не является здесь исключением. Еще при разработке и последующем применении Устава гражданского судопроизводства 1864 г. авторы Устава отмечали, что не текст закона мешает установлению справедливого правосудия, а сложившееся в веках пренебрежительное отношение нации к закону и суду, признавая, что простым позитивным законодательством невозможно изменить систему судопроизводства. Рассматривая вопрос о включении в российское правовое поле новых форм урегулирования конфликта, к примеру медиации или иных «альтернативных» способов разрешения споров, мы должны оценивать, насколько такие новые институты могут органично вписаться в существующие особые для каждой нации общественные отношения и могут ли они быть восприняты обществом. В случае с медиацией в России данный вид урегулирования споров не является новым, и в той или иной степени посредничество применялось во всех сферах правоотношений. Стало ли для посредничества его позитивное, формальное закрепление положительным моментом? Скорее нет. Медиация, которая теперь признается государственным судом и наличие письменного соглашения о которой требуется для отложения судебного разбирательства (для осуществления процедур), существует параллельно с уже сложившейся практикой неформального посредничества (как обращения к лицу, не являющегося медиатором, но степень профессионализма и доверия к которому дает возможность урегулировать спор). Предлагаемое закрепление медиации как обязательного досудебного этапа, безусловно, повысит количество обращений к медиаторам (и, соответственно, поможет этому бизнесу), но не его эффективность. В этом случае медиативная процедура станет строго формальной, потеряет все преимущества альтернативного способа разрешения споров.

До рассмотрения непосредственно вопросов применения формальных и неформальных процедур в России необходимо определиться с терминологией. Институциональный подход российского процессуалиста находится в определенном противоречии с методами изучения, в том числе и гражданского процессуального права, принятыми в англо-американской и европейской традиции. Отечественная доктрина не испытывает того влияния смежных областей — культурологии, социологии, политологии, экономики — как зарубежная наука. Право как наука — это во многом «вещь в себе», выработавшая и использующая свои собственные институты, не всегда принимающая близкие по своей социальной природе институты смежных областей. В то же время процессуальная доктрина зарубежных государств во многом развивается именно не институциональным путем (путем совершенствования или простого изменения существующих институтов), а путем изучения социальных предпосылок возникновения тех или иных отношений и последующего их регулирования. Исходя из того, что сущность, законы возникновения, изменения, развития и прекращения общественных отношений изучаются социологией, то в зарубежную процессуальную доктрину именно из этой науки перешли такие понятия, как «формализм», «процедура», «конфликт», «способ разрешения спора» (в том числе альтернативный). В российской процессуальной науке выделяются различные формы защиты прав, термин «способ» защиты права относится к материальному праву. Понятие «процедуры» как процессуальное явление рассматривалось в научной литературе¹, но в полной мере

¹ См., например: Сахнова Т.В. Процедурность цивилистического процесса: методология будущего // Вестник гражданского процесса. 2012. № 1. С. 9–24; Она же. Судебные процедуры (о будущем

в российской процессуальной доктрине не используется (как и в целом частноправовой, деятельностный, процедурный методы)¹.

Деление данных форм на судебные и несудебные исходит из особого субъекта защиты и восстановления права — государственного суда. Концепция и понятие «спора» изучается в отечественной процессуальной науке, но касается категории «спора о субъективном праве» (его наличие или отсутствие в различных видах гражданского судопроизводства)². Так называемое «охранительное» правосудие исключает возможность рассмотрения правового спора, но тем не менее также связано с судебным рассмотрением дела и выделяется в первую очередь как антипод исковому/спорному производству.

Деление процедур на формальные и неформальные нетрадиционно для отечественной процессуальной доктрины. Само понятие «формализм» используется в теории и практике с отрицательным значением: в судебной практике — как фактор неверного применения судом процессуальной нормы без учета фактических обстоятельств дела³, в теории — как негативное свойство отправления правосудия, в котором форма превалирует над содержанием⁴. Буквальный же перевод используемого в зарубежной теории понятия *formal/informal procedures* приводит нас к делению процедур разрешения спора на основании наличия или отсутствия у данных процедур особых закрепленных в письменных источниках форм осуществления. С этой точки зрения и арбитраж, и в определенной степени медиация являются формальными процедурами, имеющими свою форму (в том числе унифицированную), закрепленную законами, правилами, соглашениями сторон. В то же время в государственном суде, гражданский и арбитражный процесс в котором осуществляется в строго установленной процессуальной форме, так же, как известно, имеется ряд неформальных (сложившихся на практике, обычных) процедур.

Для определения видов «альтернативных» способов разрешения споров, которые зарубежные процессуалисты обычно относят к неформальным процедурам, автор обратился к работе Марка Галантера «Правосудие, гражданский процесс и смежные феномены»⁵, в которой выделяются следующие группы альтернативных способов разрешения споров:

— трехсторонние способы (правосудие, традиционные «форумы», арбитраж, медиация, административная форма защиты права, политические решения);

цивилистического процесса) // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2, 3; Мурадян Э.М. Судебные и нотариальные процедуры. М., 2006.

¹ При этом сам термин «процедура» используется в российском законодательстве, в том числе процессуальном (см. гл. 15 АПК РФ, ст. 398 Трудового кодекса РФ).

² Здесь интересно отметить, что в Толковом словаре С.И. Ожегова спор определяется как: 1. Словесное состязание, обсуждение чего-н., в к-ром каждый отстаивает свое мнение. 2. Разногласие, разрешаемое судом. С. о наследстве. Судебный с., т.е. сам по себе термин «спор» в бытовом понимании связан с деятельностью «суда». При этом термин «конфликт» определяется как столкновение, серьезное разногласие.

³ См., например, письмо Председателя ВАС РФ от 20 января 1999 г. № С1-7/УП-61 «О применении законодательства о несостоятельности (банкротстве)»; постановление ФАС Северо-Западного округа от 11 марта 2005 г. № А42-10686/04-25.

⁴ См., например: Пацация С.М. Формализм — спасение правосудия? // Ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6.

⁵ Mark Galanter, *Adjudication, Litigation and Related Phenomena*, New York, Russel Sage Foundation, 1986, p. 152.

- двусторонние способы (переговоры);
- односторонние способы (недопущение конфликта (система хеджирования и гарантий) самозащита, поведение «избегание спора», «выход» из спорных правоотношений).

Практически все указанные формы применяются в России. При этом правосудие, арбитраж, медиация, административная форма защиты права могут быть отнесены к формальным процедурам, поскольку данные процедуры в той или иной степени урегулированы нормами права и осуществляются на основании заранее определенных в большинстве случаев унифицированных правил. Остальные названные способы разрешения споров являются неформальными, так как даже при закреплении их в законодательстве (к примеру, переговоры, претензионный порядок закреплены в ГК РФ, ГПК РФ) не институционализированы в той степени, как формальные процедуры.

В то же время четкого разделения процедур рассмотрения и разрешения/урегулирования споров быть не может. Применяя метод «микросравнения»¹ и рассматривая в отдельности каждую процедуру, можно с уверенностью сказать, что в каждом способе разрешения споров есть как формальные, так и неформальные элементы, которые не статичны, а находятся в постоянном развитии и трансформации.

Кроме выделяемых в процессуальной науке и практике форм защиты права, способов разрешения споров, в России существуют и другие неформальные процедуры, в рамках которых также урегулируются и разрешаются различные социальные, семейные, бытовые и другие конфликты.

В соответствии с последней переписью населения (2010 г.) в России проживают 182 нации. Большинство граждан исповедуют православие, 5% населения являются мусульманами, менее 1% — представители других конфессий и верований (включая шаманизм и анимализм). В большинстве случаев понятие «неформальных» процедур разрешения споров ассоциируется именно с жизнедеятельностью таких особых национальных и (или) религиозных групп, которые используют трехсторонние способы разрешения споров для урегулирования конфликтов между членами группы. Такие «неформальные суды» можно найти в практиках национальных групп карагашей, кумуков, алеутов, чукчей, манси, саами и др. Кроме того, традиционные способы разрешения споров используются отдельными религиозными группами, проживающими коммунами. Так, к примеру, в общинах старообрядцев не принято обращаться в государственные суды за разрешением своих споров, такие конфликты решаются либо «коллективными (товарищескими) судами», либо выбранным старейшиной. Население южных и северокавказских субъектов (вне крупных населенных пунктов) предпочитает обращаться к суду шариата (к кади).

Очевидно, что такого рода процедуры не признаются государством и решения таких «судов» не подлежат принудительному исполнению. В то же время общее количество таких «процедур», которые становятся известны официальным властям, ничтожно и государство относится к ним нейтрально (не вводя официальных запретов или не регулируя данную область).

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001.

Обязательная сила решений таких «неформальных судов» обеспечивается силой традиций и степенью признания и принятия властью такого «суда». В большинстве случаев такие процедуры не закреплены в каких-либо источниках, а роль арбитра/судьи выполняет избранное лицо либо старейшина. Такие процедуры являются публичными, устными и относительно состязательными. Сторонам предоставляется право представлять свое дело перед «судом», приводить доказательства (при этом превалируют устные доказательства) и ссылаться на нормы обычаев или письменных источников. Обычно властные полномочия «суда» настолько велики, что даже неверное (с точки зрения нормативных правовых актов) решение принимается как акт справедливости и неукоснительно исполняется. Судья/арбитр в таких процедурах при рассмотрении дела в большей степени осуществляет функцию урегулирования спора (примирения сторон), а при разрешении спора – выносит обязательное решение, которое в отличие от решения государственного суда может быть составлено по схеме «обе стороны проигравшие», а не по схеме «один проигравший – один выигравший». В России не существует религиозных или иных социальных групп, которые бы открыто запрещали членам группы обращаться в государственные суды (или иные способы разрешения споров). Очевидно, что в отдельных случаях обращение в государственный суд является единственной адекватной формой защиты права (к примеру, в случае предъявления иска о признании права собственности на недвижимое имущество). Однако существует ряд причин, по которым в XXI в. ряд традиционных неформальных процедур разрешения споров все еще существует и открыто применяется; к ним в том числе относятся:

1. Неформальные традиционные процедуры принимаются и поддерживаются членами социальной группы, которые отрицают и не признают власть государственного суда.

2. Государственный суд и иные формы защиты прав недоступны в силу удаленности проживания группы, а возникающие конфликты незначительны для обращения в такой суд.

3. Споры между членами группы возникают из отношений, которые не урегулированы нормами права (или запрещены). К примеру, государственный суд не удовлетворит требования мужчины о разводе с одной из своих жен и сохранении приданого, в то же время с таким спором можно обратиться к кади, который разрешит спор на основе норм шариата.

4. Гражданский процесс не отвечает особым запросам (обстоятельствам), которые возникают в жизнедеятельности группы, к примеру, как применить общие правила территориальной подсудности по отношению к спору, в котором стороны являются представителями кочевого народа.

5. Споры, которые возникают в таких национальных/религиозных группах, не отличаются сложностью. Формальный, сложный, долгий и дорогой гражданский процесс не является адекватной формой разрешения таких споров.

В отличие от таких примитивных традиционных форм разрешения споров в России на основании отдельного Положения функционирует достаточно прогрессивная система судов Русской православной церкви. Положение о церковном суде РПЦ с точки зрения и юридической техники, и содержания представляет собой достаточно интересный акт, содержащий современные процессуальные правила, подробно регулирующие деятельность церковных судов, включая письменные

принципы производства в них. Положение определяет порядок направления повесток, отвода судей, понятие доказательств, судебные поручения, бремя распределения доказательств и многое другое. К задачам судов относится «восстановление нормального порядка церковной жизни и обеспечение соблюдения священных заветов». Церковные суды обладают компетенцией только в отношении членов церкви (священнослужителей). Положение устанавливает единство гражданского и уголовного процессов, подробно определяя процедуры на всех стадиях. Всей полнотой судебной власти обладает Синод, нижестоящие суды отправляют «правосудие» в рамках делегированных полномочий. То есть в рамках этой системы разрешения споров разрешены теоретические проблемы единства процессов и делегированного правосудия. Данный процесс с точки зрения формы является однозначно формальным.

Вышеизложенные неформальные (и формальные) процедуры в России в первую очередь касаются урегулирования конфликтов между гражданами. В то же время для предпринимателей и коммерческих организаций также существуют широкие возможности использования формальных и неформальных процедур разрешения споров. Нагрузка на систему арбитражных судов в настоящее время огромна, при этом эффективность арбитражного судопроизводства достаточно высока. Растет профессионализм судей, выдерживаются нормативные сроки рассмотрения споров, совершенствуется система электронного правосудия. Таким образом, альтернатива таким государственным судам должна быть еще более результативной и предлагать такие преимущества, которые не могут быть найдены в рамках официальных формальных процедур. В настоящее время такими преимуществами могут стать: а) исключение консерватизма и юридического формализма при применении норм материального и процессуального права (к примеру, отказ от практики бездумного применения норм о публичном порядке при рассмотрении споров с иностранным элементом); б) соблюдение конфиденциальности при рассмотрении и разрешении споров; в) меньший формализм процедур и др. К сожалению, в настоящее время за указанными преимуществами российские компании обращаются к иностранным правовым порядкам (как к государственным судам, манипулируя нормами о подсудности, так и к таким международным средствам разрешения споров, как, например, международный коммерческий арбитраж). Кроме того, при осуществлении формальных процедур, урегулированных законом, в рамках «альтернативных методов разрешения споров» не могут разрешать многие категории споров. Так, новый закон о медиации¹ применяется только в отношении споров, которые вытекают из гражданских, семейных и трудовых отношений. Третейские суды рассматривают споры, вытекающие из гражданских отношений. Из сферы действия медиативных и третейских процедур выведены корпоративные споры, что опять же перенаправит поток таких дел в Лондонские, Стокгольмские и другие арбитражи².

Медиация могла бы стать действенным способом разрешения корпоративных споров, но при таком толковании закона стороны конфликта смогут обратиться

¹ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

² См. определение от 30 января 2012 г. № ВАС-15384/11 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ (http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/16f45e55-c2b7-456f-bbaa-d55c37b17fe3/A40-35844-2011_20120130_Opredelenie.pdf).

к медиации только в рамках неформальных, непризнаваемых процедур. То есть предусмотренная АПК РФ возможность отложения разбирательства для проведения медиации в случае корпоративного спора сторонам предоставлена не будет. С другой стороны, на практике неформальная медиация применялась до принятия закона и применяется в настоящее время. Роль такого неформального медиатора выполняет корпоративный секретарь или другое нейтральное лицо.

Неформальный форум более общего характера, учрежденный Российским союзом промышленников и предпринимателей, – это Комиссия по корпоративной этике, рассматривающая споры, касающиеся корпоративных отношений и применения норм Кодекса корпоративного поведения. Решения Комиссии не являются обязательными, но их неисполнение приводит к негативным последствиям репутационного характера (так, на сайте Комиссии ведется лист компаний с низким уровнем корпоративной культуры). Процедуры рассмотрения споров в таких комиссиях неформальны, но эффективность их деятельности достаточно высока.

Стоит отметить, что существуют категории правоотношений, защита права в которых в рамках действующего материального права крайне затруднительна. В качестве примера стоит привести споры, возникающие из отношений, предметом которых являются производные финансовые инструменты. Скорость и количество совершаемых на организованном рынке операций с деривативами, сложность определения лица, которое нарушило право в цепочке проведенных операций (сделок), делает крайне сложным представление такого дела в суде. В таких отношениях стороны выбирают односторонний способ защиты прав – метод исключения возможности спора путем выстраивания системы хеджирования рисков, взаимных гарантий, сдержек и противовесов.

Возвращаясь к вопросу о соотношении формального и неформального, рассмотрим наиболее формальный способ разрешения споров – правосудие. Рассмотрение гражданских споров в рамках гражданского процесса осуществляется в строго установленной процессуальной форме. Даже при возможности выбора возможного поведения в процессе само процессуальное действие должно быть совершено в определенной форме, в определенном месте, с соблюдением четких и многочисленных требований процессуального законодательства. Таким образом, безусловно, гражданский процесс состоит из формальных процедур. В то же время и в такой формальной деятельности мы можем найти элементы неформальных процедур. Традиционное отношение к суду в России – это общее недоверие, стереотипное представление о коррупционности судей, сложности и формальности осуществляемых процедур. Само свойство состязательности процесса – необходимость доказывания обстоятельств, подтверждающих требование или возражение, является чуждым для менталитета российских граждан («необходимость, будучи правым, доказывать свою правоту»). Загруженность судей не позволяет разъяснить каждому участнику процесса весь комплекс распорядительных и состязательных прав и последствия отказа от их реализации. Несмотря на то, что суд в России обладает достаточно широкими, практически патерналистскими полномочиями в процессе доказывания (формирует предмет доказывания, ставит обстоятельства на обсуждение, предлагает сторонам представить доказательства, истребует доказательства, вправе по своей инициативе назначить судебную экспертизу и др.), этого недостаточно для облегчения участия сторон в чуждом для них состязательном

процессе. Судебная практика выработала некоторые неформальные процедуры, которые позволяют сторонам «привыкнуть» к суду, в неформальной коммуникации понять принцип представления своего дела перед судом. Так, в рамках стадии подготовки дела к судебному разбирательству судьи проводят «приемы», «консультации», «собеседования», в рамках которых без протокола проводится беседа со сторонами относительно требования и возражений, возможных путей примирения. Неформальный характер носит деятельность помощника судьи, коммуницирующего со сторонами по делу, объясняющего отдельные процессуальные особенности рассмотрения спора. Зачастую неформальные процедуры используются для восполнения пробелов процессуального законодательства или для того, чтобы избежать неудобства установленных процедур. Так, не закреплены в ГПК РФ, но повсеместно встречаются такие действия суда, как «отказ в приобщении доказательств к материалам дела», «исключение доказательств из материалов дела», «принятие уточнения иска», прикрывающего изменение предмета или основания иска или даже заявление нового требования и др.

К формальной же стороне в разрешении споров в суде можно отнести церемониальность и ритуальность¹ отдельных процедур, закрепленные и не закрепленные в нормативных правовых актах (особая форма обращения к суду, обязанность стоя выслушивать объявление судебного акта, приветствие суда стоя при вхождении судьи в зал судебного заседания, мантия судьи, торжественные залы судебных заседаний в новых зданиях высших судов, особые формы судебных кресел и т.п.). Символизм же обыкновенно есть ближайший спутник формализма в праве².

Происходит ли разрешение спора/урегулирование конфликта путем неформальных переговоров или в результате формального разрешения спора в государственном суде — с точки зрения функционального подхода не является существенным. И в том и в другом случае основными функциями осуществляемых процедур будет устранить или разрешить спор/конфликт³. Сам по себе конфликт как социальный феномен является неизбежным в любом обществе. История развития способов устранения таких конфликтов волнообразна. При выделении трех основных этапов ее развития можно увидеть, что осуществляется последовательный переход от традиционных неформальных способов разрешения споров через строгоформальное правосудие, сконцентрированное в руках одного государственного органа, к более упрощенным, экономичным, эффективным и смешанным (включающим формальные и неформальные процедуры) способам разрешения споров.

¹ Указанные признаки судебной власти отмечали основной докладчик секции Оскар Чейз в докладе «Понятие судебных церемоний в сравнительной перспективе» на XIII Конференции Международной ассоциации процессуального права (Рио-де-Жанейро, 2007), а также Лоик Кадье в работе «Словарь Правосудия», изданной во Франции (2001. С. 1168). О теории выделения отдельной отрасли «частного процессуального права» см.: *Севастьянов Г.В.* Альтернативное разрешение споров — частное процессуальное право // *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса.* 2007. № 6.

² *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Часть первая: Юридические фикции и презумпции // *Вестник гражданского права.* 2011. № 1. С. 217–269; № 3. С. 168–240.

³ См. доклад Джеймса Максайнера «Правовые методы в компаративных исследованиях процессуального права», опубликованный в сборнике докладов XIII Конференции Международной ассоциации процессуального права (С. 659), и работу Питера Мюррея и Ролфа Штернера «Гражданский процесс Германии» (2004).

Несудебные формы защиты права и в последнее время также альтернативные способы разрешения споров относят к дисциплине гражданского процессуального права, что не совсем вписывается в превалирующую в науке теорию о том, что предметом гражданского процессуального права является гражданский процесс, в первую очередь как форма деятельности суда. Более того, гражданский процесс и альтернативные ему способы находятся в полюсных позициях с точки зрения деления на публичные и частные отрасли права. Гражданское процессуальное право является, безусловно, публичной отраслью права, так как его нормы регулируют публичные отношения разрешительным методом. Альтернативные способы разрешения споров предполагают частноправовой характер возникающих правоотношений, без участия публично-правового элемента, и по большей части урегулированные диспозитивно¹. При этом необходимость разделения исследования процессуальной деятельности суда и деятельности иных органов разрешения споров, несмотря на схожее целеполагание их деятельности, отмечали еще советские ученые².

В заключение стоит поставить открытый вопрос о самом формализме как явлении в системе разрешения споров. Является ли данное свойство любой процедуры разрешения спора позитивным или негативным явлением? С одной стороны, институт гражданской процессуальной формы исключает как для суда, так и для лиц, участвующих в деле, любое проявление субъективизма, необъективности при рассмотрении и разрешении спора. Детально урегулированные, формальные процедуры гражданского и арбитражного процесса являются гарантиями принципов независимости судей, диспозитивности, законности, состязательности, объективной истины. С другой стороны, излишний формализм является основной причиной введения в процессуальное законодательство ускоренных, упрощенных процедур³ и, очевидно, поиска новых «альтернативных» способов урегулирования возникающих споров. Постепенный отход от формализма четко прослеживается в системе проверки судебных актов, где даже формальное наличие нарушения нормы процессуального или материального права не может являться достаточным основанием для отмены судебного постановления (здесь формализм в полной мере «проигрывает» принципу правовой определенности).

Развитие общественных отношений приводит к диверсификации процедур разрешения споров. Баланс формального и неформального (и как указывает ЕСПЧ⁴,

¹ В то же время здесь стоит упомянуть известную теорию, предложенную профессором Н.Б. Зейде-ром, согласно которой гражданский процесс включает в себя и деятельность иных органов в рамках несудебных форм защиты права, поддержанную профессором И.А. Жеруолисом в работе «Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969, профессором А.Д. Кейлиным в работе «Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств» (Гражданский процесс. Ч. 2. М., 1958. С. 115).

² См., например: Добровольский А.А. Исковая форма защиты права (основные вопросы учения об иске). М., 1965. С. 60; Клейн Н.И. Встречный иск в суде и арбитраже. М., 1964; Абова Т.Е., Мельников А.А. Предмет советского гражданского процессуального права // Правоведение. 1969 № 1. С. 72–77.

³ Так, на момент подготовки настоящего доклада Государственная Дума РФ приняла в третьем чтении законопроект, вносящий изменения в АПК РФ, касающиеся расширения числа дел, подлежащих рассмотрению в упрощенном порядке. См. также: Сивак Н.В. Упрощенное производство в арбитражном процессе: Монография. М., 2011.

⁴ См. постановления Европейского Суда от 18 декабря 1996 г. по делу «Аксой против Турции» (*Aksoy v. Turkey*), § 51–52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, и от 16 сентября 1996 г. по делу «Акдивар и другие против Турции» (*Akdivar and Others v. Turkey*).

«проявление определенной степени гибкости») в данных процедурах должен коррелировать с характером рассматриваемого спора и теми целями, которые преследуют стороны (разрешить спор по системе «один победитель — один проигравший» или урегулировать спор, найдя разумный компромисс), а также с соотношением «альтернативных» процедур с процедурой разрешения спора в государственном суде.

Профессор Питер Гиллес в докладе «Система гражданского судопроизводства на Востоке и Западе: основные тенденции реформирования гражданского процесса и некоторые размышления о разрешении гражданских споров в будущем» (2007)¹ предрекал, что в 2017 г. разрешение споров в государственных судах станет исключением из правила рассмотрения дел в рамках внесудебных процедур, а также слияние процесса осуществления правосудия с различными альтернативными способами разрешения споров. За пять лет, прошедшие с момента этого «предсказания», компетенция третейских судов в России была сокращена за счет корпоративных споров и была законодательно закреплена лишь одна дополнительная «альтернативная» процедура разрешения спора — медиация. Склонение чаши весов в пользу альтернативных и иных неформальных способов разрешения споров в России, снижение формализма в этих процедурах, по всей видимости, является вопросом крайне отдаленного будущего.

Цисана Шамликашвили²

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД СНГ

ОБЫЧАИ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ У НАРОДОВ СТРАН БЫВШЕГО СОВЕТСКОГО СОЮЗА

Обычаи и традиции этнических общностей играют большую роль в правовом устройстве государства и имеют немаловажное значение в формировании действенных механизмов национальной политики.

Первостепенность обычая в формировании правил поведения в обществе очевидна. Он показывает способность людей самостоятельно вырабатывать правила совместной жизнедеятельности для регулирования общественных отношений. Эта способность как явление закреплена в языке. В объемной словарной статье В.И. Даля слово «обычай» восходит к словам «обыкать, обыкнуть», значение которых определено как «при(на)выкать, на(по)вадиться, приучиться к чему-нибудь», а само слово «обычай» трактуется в нескольких значениях: «привычка, принятое, усвоенное дело, обиходное. Принятый порядок, обряд, общий образ действий»³.

В словаре С.И. Ожегова дано следующее определение слову «обычай»: «традиционно установившиеся правила общественного поведения»⁴.

¹ Приводится по тексту перевода, размещенного в: Ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6.

² Профессор, президент Центра медиации и права и Национальной организации медиаторов (Россия).

³ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 2. М., 2000. С. 637.

⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 442.

В этнологии и этнопсихологии обычаи рассматриваются как «компоненты психического склада этноса, объективирующие субъективные представления о нормах поведения, передающиеся из поколения в поколение»¹.

Более подробно различные подходы к определению понятия «обычай» в таких областях, как юриспруденция, философия и социология рассмотрены В.А. Симоновым². Наряду с термином «обычай» В.А. Симонов подвергает анализу и такие понятия, как традиция, привычка.

Феномен обычая заключается в том, что выработанные в течение длительного времени правила поведения сформировали такую систему правил, которые определяют нормы поведения человека в современном обществе, а в отдельных случаях признаны и как юридическая норма.

К сожалению, большая часть обычаев утрачена, так как существовала в устной форме. Многие из них отчасти сохранились лишь в вариантах сложившегося обычного права. Не зафиксированные на письме обычаи стали предметом изучения в основном в XIX в., поэтому восстановленные сведения уникальны и интересны. Так, например, адыгские адаты³ записывались один раз, в 1840-е гг. Их систематизация была проведена российскими военными на основе проведения опросов респондентов старшего возраста.

И. Бабич в своем исследовании обращается к подробному изучению этого явления⁴. Как подчеркивал В.К. Гарданов⁵, нормы обычного права (адаты) фиксировались лишь в обычаях, передающихся по устной традиции из поколения в поколение. Источниками адатов становились как санкционированные общиной нормы, ставшие традицией, так и новые нормы, возникавшие в ходе судебной практики, т.е. правовые инновации. Источниками образования адатов у всех кавказских племен служили главным образом решения третейских судов. Если суд не находил ответа в существующих адатах, он обращался за заключением к уважаемым старикам. Другим источником адата были постановления сельских сходов.

В.К. Гарданов дает детальное описание этих материалов. «Обычное право кабардинцев в первой половине XIX в. — это, прежде всего, право феодальное — право, стоявшее на страже интересов кабардинских князей (пши) и дворян (узденей-уорков), под властью которых находилась вся остальная масса угнетенного и закрепощенного кабардинского народа». Поэтому основное содержание обычного права кабардинцев в рассматриваемый период сводится к упорядочению и регламентации феодальных отношений в Кабарде, к закреплению господствующего положения кабардинской феодальной знати.

Во второй половине XIX в. обычное право адыгов вновь становится неписаным. Сословная иерархия, как подчеркивал В.К. Гарданов, положенная в основу

¹ Платонов Ю.П. Этническая психология. СПб., 2001. С. 312; Садохин А.П., Грушевицкая Т.Г. Этнология: Учебник для студентов высших учебных заведений. М., 2000. С. 297.

² Симонов В.А. Этнический обычай как источник конституционного права: теоретический аспект // Вестник Омского университета. Сер. «Право» (Омск). 2006. № 1 (6). С. 57–63.

³ Разветвленная система социальных норм, основу которой составляли местные обычаи, сложившиеся еще в условиях родоплеменных отношений и языческих верований (Словарь юриста. vedomosti.ru>Бизнес-словарь>enc_law/Адат).

⁴ Бабич И.Л. Эволюция правовой культуры адыгов (1860–1990-е гг.) М., 1999.

⁵ Там же. С. 18–19.

записанных в первой половине XIX в. адыгских адатов, в связи с ликвидацией зависимых сословий перестала играть доминирующую роль в общине. Во второй половине XIX в. адыгские адаты трансформировались, приобретая во многом демократичный характер. Однако повторные записи обычноправовых норм адыгов не производились. В силу этого описание юридической практики применения адатов в пореформенное время оказалось возможным лишь благодаря тому, что российская администрация ввела контроль за деятельностью обычноправовых и шариатских юридических институтов. Принимаемые адатно-шариатскими судами решения стали записываться и предоставляться в российские судебные органы. Эта практика продолжалась до 1925 г., официального запрещения функционирования медиаторских и шариатских судов на территории Кабарды и Адыгеи. В советские годы адыгский адат вновь стал неписаным.

Еще в давние времена адыги создали традиции, которые применялись для урегулирования самых разнообразных конфликтных ситуаций, связанных с причинением физического или материального ущерба. Более или менее точные свидетельства об юридических институтах адыгов появляются с XV–XVI вв. С XVI в. известно о третействе, или посредничестве. Адыль-Гирей, один из видных адыгских просветителей первой половины XIX в., писал, что «по древнему коренному обычаю черкесов, все их дела разбираются посредниками, противные стороны выбирают *посредников*, — обыкновенно уважаемых стариков, которые решают спорное дело по обычаям, изустно передаваемым от одного поколения другому. Такие обычаи называются адатом, а суд, по обычаям, называется судом по адату. Если решение посредников представляет вопрос новый, решение которого невозможно подвести под тот или другой обычай, то посредники предлагают свое собственное решение, которое и называется маслагатом, примененное несколько раз в одном или двух обществах, оно тоже становится со временем адатом».

У адыгов, как и у многих народов Северного Кавказа, например, осетин и карачаевцев, для примирения конфликтующих сторон использовался институт «молочного родства». Его суть заключалась в том, что если убийце удавалось открыто или тайно коснуться губами груди матери потерпевшего, он становился родственником всей семьи потерпевшего и мог не бояться мести с их стороны. Если эта церемония делалась с согласия потерпевшей стороны, то старший этого рода произносил следующие слова: «Пусть никогда не повторится вражда между нами, да пусть нас вечно связывают узы родства и дружбы!».

Обычно-правовая судебная практика адыгов в пореформенное время состояла из двух судебных процедур: мировой сделки и посреднического суда.

Мировая сделка не предполагала специального рассмотрения конфликта судьями, поэтому к ней прибегали те адыги, которые, во-первых, были участниками незначительных конфликтов, а во-вторых, настроены миролюбиво и готовы примириться друг с другом. Процессуальный механизм института «мировой сделки» достаточно прост: в присутствии свидетелей участники спорной ситуации самостоятельно вели переговоры.

Суд по адату являлся характерным для всех народов Северного Кавказа судебным институтом. У карачаевцев и балкарцев он назывался тюркским словом *тере*, у осетин — *тархон*, у кабардинцев — *мэндэтыр*. В русских судебных документах суд по адату получил название *посреднического*.

У адыгов не было определенного места для проведения судебного заседания посредников. В каждом конкретном случае назначалось новое место, но обычно заседание проходило на окраине селения, которая по традиции считалась местом встречи почетных стариков. Поскольку многие из них и становились посредниками, то, очевидно, они и выбирали место для судебного заседания. Посреднический процесс был открытым: каждый житель селения мог присутствовать на нем. Он начинался с того, что каждый посредник давал присягу, в которой обязывался соблюдать истину и справедливо рассматривать дело.

Основой посреднического судопроизводства являлись нормы адата, посредническое судебное разбирательство протекало медленно, поскольку посредники подробно рассматривали каждое дело.

Приговор считался действительным, если были согласны более половины судей. В пореформенное время эти правила не изменились.

Интересный обычай примирения существовал в старину в Абхазии¹. Для прекращения кровной мести обращались к обычаю искусственного родства — *азнадара*. Если посредничество не приносило успеха, то убийца, воспользовавшись законами гостеприимства, зная, что хозяин не навредит гостю, мог ворваться в дом потерпевшей фамилии и насильно коснуться губами груди замужней женщины — матери, сестры или жены убитого. Или же мать, либо сестра, либо жена убийцы, проникнув в дом убитого, хватала первого попавшегося ребенка и прикладывала к груди, т.е. делала вид, что кормит его грудью. Таким путем враги заключали родственные союзы. Следует отметить, что внутри единой родственной группы кровная месть не допускалась.

Обычное право являлось первоисточником права не только для инородцев, но и в значительной степени для сельского населения Российской империи².

Н.И. Кочетыгова указывает³, что в середине XIX в. в Российской империи проводится коренная реформа судопроизводства и судопроизводства. Судебные уставы 20 ноября 1864 г. вслед за Общим положением о крестьянах 1861 г. признали значение народного обычая и народной юстиции. Однако народным судам, причем официально признанным на уровне волости, отводилась второстепенная роль. В основном они должны были заниматься незначительными проступками и преступлениями, мелкими гражданскими делами. Особую роль Судебные уставы отводили мировой юстиции. Мировые суды не относились к институтам традиционного общества. Но они создавались в участках на территории уезда, максимально приближаясь, таким образом, к основному населению, к крестьянам. В мировом суде крестьяне должны были приобщаться к закону и отвыкать от архаических обычаев. Однако народ рассудил по-своему.

В первую очередь речь идет о сельском суде. Лишенный в отличие от волостного признания со стороны государства, он, тем не менее, прочно вошел в традицию

¹ Ачугба Т. Некоторые традиционные нормы поведения абхазов во время войны и вооруженных столкновений // Традиция разрешения конфликтов на Кавказе и методы институтов гражданского общества: Материалы науч.-практ. конференции «Традиции народной дипломатии и нормы поведения во время войны и конфликтов на Кавказе» (http://krotov.info/lib_sec/11_k/kon/flict_00.htm).

² Кочетыгова Н.И. Этнический правовой обычай как источник права России. Ростов н/Д, 2007. С. 24–27.

³ Там же. С. 24.

и предпочитался крестьянами любым другим формам правосудия. В разбирательстве дел сельский суд стремился к примирению сторон, решение выносилось на основании норм обычного права. Формировался он согласно местным обычаям: из всех членов общины (Архангельская губерния), из соседей (Полтавская губерния), иногда из старосты и «добросовестных» или «стариков» в количестве двух-трех человек¹. Члены общины и сами судьи считали, что «закон хорош на волостном суде, а обычай на сельском сходе». В волостной суд передавались дела, которые сельский суд затруднялся разрешить самостоятельно. Предполагалось, что для таких случаев не находилось подходящего обычая и, следовательно, приходилось прибегать к помощи закона.

Основным недостатком закона в народном правосознании виделось как раз то, что западный человек назвал бы достоинством: абстрактность нормы, игнорирующая конкретную личность. Идеал права, в представлении народного судьи, — не применение равного масштаба к разным людям в сходных обстоятельствах, а напротив, решение каждого дела по его условиям, учет не только объективных обстоятельств, но и личностных характеристик сторон. Причем речь вовсе не идет о субъективной стороне преступления в современном понимании. Учет личностного аспекта был весьма специфичным: в сущности, речь шла о полезности данного члена сельского общества, а значит, о целесообразности для коллектива применять в отношении такого члена суровое наказание. Именно это обстоятельство подтверждает правомерность рассмотрения русской общины и ее институтов как элемента традиционного общества. Даже в пореформенный период коллективный интерес, задача сохранения жизнеспособности микросоциума преобладали над индивидуальными интересами. Очевиден факт, что правовые и моральные нормы выступают в неразрывной связи, поэтому при решении конфликтов руководствуются идеей примирения.

Исследователь украинского права Б.М. Бабий пишет² о практике копных (общинных) судов, которые рассматривали дела на основе местных обычаев. Ученый указывает, что длительное время такие суды действовали, а в XVI в. были санкционированы государством в законодательном порядке. Б.М. Бабий отдельно написал несколько строк о суде в Запорожской Сечи: «Разрозненные казацкие сечи объединились в одну общину — казацкий кош. Кошевой судья избирался Казацкой радой сроком на один год и рассматривал гражданские и уголовные дела. Приговоры утверждались кошевым атаманом, а смертельные приговоры — Казацкой радой.

В Запорожской Сечи не было писаных источников права. Кошевой и все суды руководствовались нормами обычного права и «здравого разума». Все решения кошевого суда были окончательными, не подлежали обжалованию и выполнялись немедленно»³.

У Гоголя в «Тарасе Бульбе» (в гл. 3) есть описание наказаний, которые выносил суд кошевого в Сечи.

Суды копные — так назывались в западной и юго-западной Руси древние народные суды сельских общин. Каждая сельская община имела свое народное собрание

¹ Оршанский И. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Кн. 3. С. 65.

² Бабий Б.М. История государства и права Украинской ССР. Т. 1. Киев: Наукова думка, 1987. С. 118.

³ Там же. С. 118–119.

(копа или купа, громада, великая громада). Право участия в копе принадлежало одним лишь домохозяевам, имевшим постоянную оседлость; мнения старцев пользовались особым уважением.

Копа собиралась в центральном месте сельской общины, которое называлось коповище или копище; для исследования уголовных дел она могла собираться на месте преступления, при споре о поземельной собственности — на спорной земле. Ведомству копного суда подлежали все лица простого сословия, имевшие оседлость в округе сельской общины, как, например, крестьяне, свободные поселенцы и мещане городов, не пользовавшихся магдебургским правом. В некоторых случаях власть копы простиралась и на самих помещиков: последние могли добровольно представлять копе решение возникавших между ними споров; но копа могла производить и следствие над помещиком, имевшим, впрочем, право требовать, чтобы дальнейшее исследование дела было представлено уряду гродскому. В порядке судопроизводства копа следовала своим древним обычаям; совокупность их называлась в памятниках копным правом; некоторые обычаи этого права вошли в состав литовского статута. По началам копного права обиженному предоставлялось право самому отыскивать своего шкодника (обидчика), собирать доказательства и т.д., что называлось обыском; если истец не мог отыскать шкодника, то он требовал собрания копы. Большая часть документов копных судов в Западной Руси писаны на русском языке и лишь $\frac{1}{3}$ их, начиная с половины XVII в., по-польски. Возникновение копных судов, вероятно, относится к глубокой древности. «Следы» общинных судов имеются уже в Русской Правде. Ясно и определенно о существовании сельских общин с народными копными судами и с древним обычным правом впервые упоминается в Статуте Великого княжества Литовского (ВКЛ) всех трех редакций. По Статуту сельская община является уже стародавним установлением, и копа производит суд и расправу по стародавним обычаям. Литовский Статут третьей редакции, 1588 г., распространил копные суды, существовавшие в юго-западной Руси, на некоторые другие области, входившие в состав польского королевства. Тем не менее в XVI и XVII вв. копные суды находятся уже в упадке, а в середине XVIII в. совершенно исчезают, главным образом вследствие усиления власти помещиков. Копное право становится неподвижным и основывается только на старине и давности, вследствие чего перестает соответствовать новым условиям общественной жизни.

По мнению исследователя суда в Древней Руси Н.Л. Дювернуа, «в течение всей эпохи господства обычного права наиболее распространенной формой суда была форма третейская и другие родственные ей формы договорного разрешения споров». Это положение в полной мере применимо к характеристике третейского суда на территории Беларуси в IX–XIV вв.

Первое письменное упоминание о третейских судах относится к началу XIII в. и содержится в ст. 33 Договора Смоленского, Витебского и Полоцкого княжеств с Ригой, Готландской землей и немецкими городами 1229 г. (далее — Договор 1229 г.).

Разрешение споров «добрыми мужами» является прообразом современного третейского разбирательства, однако имеет ряд отличий и специфических особенностей.

Обращает на себя внимание разделение в Договоре 1229 г. и в более поздних письменных источниках права того периода понятия «суда» как суда государственного, осуществляемого князем либо иными лицами (судьями, наместниками) от его имени или от имени города-княжества, и понятия «ряда» как договорного способа разрешения споров с помощью третьих лиц, не связанных ни с одной из сторон.

Один из исследователей судоустройства Новгородского княжества А. Куницын указывает, что различие между понятиями «судить» и «рядить» заключалось в том, что в первом случае дело рассматривалось в строгом соответствии с законом, а во втором случае целью разбирательства служило, прежде всего, примирение сторон, создание некоего нового договора в отношении предмета спора. Сам термин «рядить», по мнению автора, был заимствован из фрисландского языка (народность, проживавшая на территории современной Скандинавии) и в оригинале означал судью — *Rediewa* (*red* — право, *iewa* — даю).

Некоторые исследователи указывают на сходство новгородских рядцев с окружными заседателями в средневековых городских судах Германии и Англии (так называемые *Rachimburgii*). Однако данное сравнение представляется неверным, так как заседатели определялись самим судьей, а рядцы, несомненно, спорящими сторонами. Число рядцев с каждой стороны было неопределенным. Рядцы должны были прийти к соглашению между собой по существу спора и, видимо, в силу своего авторитета склонить к своему решению доверителей. Таким образом, рядцы играли роль не судей, а арбитров, примирителей, посредников, помогающих сторонам при заключении мировой (или «докончальной») сделки, которая, следовательно, практически не отличалась от ряда и вместе с ним представляла особый способ урегулирования конфликтов, представлявший наибольшие возможности для инициативы и сотрудничества сторон в сравнении с современным третейским судом.

Ряды фиксировались в грамотах, оформлявшихся городскими судьями в обычном порядке, т.е. с указанием рядцев, послухов, писца, в присутствии сторон и с приложением печати.

Таким образом, решению рядцев придавалась юридическая сила, равная вполне официальному судебному решению. Нерушимость ряда обеспечивалась государственным авторитетом.

Компетенция ряда была достаточно широка. Договорному регулированию подлежали по желанию сторон, вероятно, все дела, которые мы назвали бы гражданскими, а из уголовных — те, борьбу с которыми государство не сделало своей монополией, не признавая за ними особой опасности. Договорным путем, по всей видимости, не могли быть улажены разбой, грабеж, убийство и еще ряд тяжких преступлений! Однако вопрос возмещения убытков, причиненных преступлением, мог послужить предметом ряда. Примеры подобного ряда приводит в своей книге О.В. Мартышин.

Широкое использование третейского суда («ряда») обуславливалось быстротой судопроизводства, отсутствием судебных пошлин и приданием решению «ряда» силы решения государственного суда. Кроме того, «рядцы» при вынесении решения рассматривали предмет спора не с точки зрения законодательства, а с позиции обычаев и справедливости, что позволяло принимать решения, устраивающие обе стороны.

В XVI в. на территории Беларуси происходит окончательная систематизация норм права, выразившаяся в принятии всех трех редакций Статута ВКЛ — 1529, 1566, 1588 гг. Источником этих нормативных актов послужили как нормы древнерусского обычного права и права соседних государств, так и нормы, выработанные законодательной практикой XIV–XV вв., отражавшие новый уровень экономических отношений и политической системы в ВКЛ.

В Статуте нашли свое закрепление основные правовые идеи ведущих белорусских юристов того времени: толкование понятий права и государства как порождений воли человека, делимость суда от администрации, верховенство и единство права. Один из составителей Статута ВКЛ 1588 г. Лев Сапега в своих работах указывал: «Только на законе и на праве писанном всю безопасность и благосостояние основывают... там господствует дикий зверь, где человек власть осуществляет по своей прихоти, а где верховенство имеет право или закон, там сам Бог всем правит».

Нормы о третейском (так называемом «полюбовном») суде вошли в Статуты 1566 и 1588 гг.

Полюбовному суду в Статуте 1588 г. посвящен артикул 85 в разделе четвертом «О судах и судьях». Включение норм о третейском судопроизводстве в этот раздел указывает на отход в юридической науке того времени от разделения судопроизводства в государственных и третейских судах. Члены третейского суда именуются «судьями полюбовными» и «постановляют судебное взыскание». Основу решения полюбовного суда составлял «компромисс», мировое соглашение между сторонами, условия которого согласовывались и фиксировались полюбовными судьями.

В полюбовном суде могли рассматриваться гражданские дела, за исключением дел, связанных с государственной казной и имуществом. Прибегнуть к полюбовному суду могли члены разных сословий, имевшие личную свободу (свободные крестьяне, мещане и др.).

Решение полюбовного суда подлежало оформлению в виде судебного листа, скрепленного печатями судей обеих сторон. В случае, если одна сторона отказывалась от исполнения решения полюбовного суда, другая сторона могла передать судебный лист на исполнение в земский суд. Земский судья не рассматривал решение по существу, ограничиваясь проверкой действительности судебного листа.

Суд в Молдавии, как и в других раннефеодальных государствах, не был отделен от администрации. Все органы управления выполняли одновременно и судебные функции. Несвободное крестьянство и холопы судились своим владельцем, однако он не имел права приговаривать крестьян к смертной казни. В сферу вотчинного суда иногда входили и так называемые великие дела: душегубство (убийство и прелюбодеяние), татьба (кража имущества), дивковолочение (увод женщин) и т.д.

Во второй половине XV в., в условиях проведения более централизованной политики, из сферы вотчинной юрисдикции изымаются наиболее опасные для господствующего класса и церкви дела — убийство, татьба с поличным и др.

Вся судебная организация в конечном счете была подчинена господарю — верховному носителю высшей судебной власти. Господарь мог лично разрешить любое дело, отменить любое решение, передать дело на разрешение, кому найдет нужным.

К нему могли обращаться с жалобой или просьбой все свободные граждане. Однако фактически это было доступно далеко не каждому.

В большинстве случаев правосудие осуществлял от имени господаря ворник. Он рассматривал дела должностных лиц при дворе, к нему попадали все важнейшие уголовные дела, ему подчинялись низшие судебные инстанции страны, он имел право выносить смертные приговоры разбойникам, убийцам и церковным вора́м.

После присоединения Молдавии к России некоторое время сохранялись в судебных учреждениях местные особенности. Но в 1818 г. при наместнике был учрежден областной суд, который делился на уголовный и гражданский. Уголовный суд руководствовался русскими, гражданский — молдавскими законами. Основным источником права в Молдавии были обычаи. Некоторые правовые нормы содержались в жалованных грамотах, издаваемых молдавскими господарями для отдельных бояр и других представителей господствующего класса.

Господарские грамоты определяли привилегии светских и духовных феодалов и правовое положение крестьян, проживавших на их землях.

Первый свод молдавских феодальных законов был составлен и утвержден в 1646 г. при господаре Василии Лупу. Это был не только правовой памятник Молдавии, но также одно из первых печатных произведений на молдавском языке. Уложение Василия Лупу представляло собой цельную систему феодального законодательства, направленного на укрепление и охрану феодально-крепостнического строя в Молдавии. По своей структуре Уложение состояло из 96 глав, которые были разбиты на 1245 статей. Строгого разделения различных правовых институтов оно не знало.

Автором Уложения был логофет Евстратий, один из наиболее высокообразованных приближенных бояр Василия Лупу. Виднейший ученый-юрист того времени Милетий Сиригос был одним из соавторов этого памятника молдавского права. Вообще середина XVII в. характеризуется возникновением правовой науки в Молдавии. В Сучаве была создана специальная правовая школа, в которой читались лекции по юриспруденции. Источниками Уложения Василия Лупу послужили обычное право, памятники византийского права и судебная практика. В основу первых одиннадцати глав кодекса был положен Земледельческий закон, изданный во второй половине VIII в. в Византии. Он являлся своеобразной кодификацией славянского обычного права в сочетании с византийским правом, применявшимся во многих славянских поселениях на территории империи.

Е.Н. Квилинкова¹ — доктор исторических наук, научный сотрудник Академии наук Республики Молдова дает небольшую описательную информацию о роли сельской общины в разрешении споров: «К крайней мере, т.е. к изгнанию сына из дома без земельного надела, отец прибегал только в редких случаях. При возникновении конфликта между отцом и сыном роль негласного арбитра играла сельская община, которая формировала общественное мнение исходя из норм обычного права. Она была заинтересована в том, чтобы каждая вновь образованная семья имела свой земельный надел. Таким образом, основной целью общины было сохранение каждой семьи в качестве функционирующего (плате-

¹ Квилинкова Е.Н. Обычай наследования у гагаузов // Закон и жизнь (Кишинев). 2006. № 6. С. 54–57.

жеспособного) крестьянского хозяйства, способного вносить свою долю налога, возложенного на общину».

Интересен пример киргизского судопроизводства¹. Суд производил сам хан или правители и старейшины тех аулов, к которым принадлежали стороны. К разбирательству стороны приглашали избранных ими посредников. Судьи и посредники получали за решение дела 10-ю часть суммы иска. Если ответчик не являлся на суд или не платил штраф, то штраф взыскивался с его аула и родственников, которым предоставлялось рассчитываться с виновным. Если виновный уклонялся от исполнения приговора или начальник аула, умышленно потворствуя виновному, не желал разбирать дела, то истец мог совершить баранту, т.е. вместе с родственниками и соседями сделать набег на аул виновного и тайно угнать его скот. После он должен был объявить об этом своему начальнику, обязанностью которого было соблюсти соответствие баранты с иском, т.е. чтобы награбленное не превышало иска.

Я.И. Гурлянд упоминает² о совете *зарго*, существовавшем у калмыков при тайшах и ханах. В *зарго* избирались дальние родственники ханов и тайшей, а также наиболее знатные зайсанги (привилегированное сословие, имевшее право наказывать, их личность гарантировалась Уставом).

Суду Зарго предшествовал улусный суд, состоявший из правителя улуса и почетных стариков, он разбирал споры между одноулусниками; междуродовой суд решал дела, касавшиеся интересов нескольких улусов или родов³. Древнее улусное устройство претерпело значительные изменения у волжских калмыков в первой половине прошлого столетия (в 1834 г.). Главнейшие из них заключаются в том, что сильно были урезаны права владельцев улусов. Улусы были ограничены территориально: судебная власть нойонов перешла к суду *зарго*, в котором рядом с депутатами от калмыцкого народа заседали также русские чиновники.

Интересным представляется опыт разрешения конфликтов при помощи третьей стороны в традиции казахов.

Судебную власть в казахском обществе осуществляли ханы, султаны и би. Хань и султаны разбирали наиболее важные уголовные и гражданские дела: о междоусобицах и межаульных распрях и спорах, дела об убийствах знатных людей, споры между султанами. Наиболее важные дела ханы и султаны рассматривали с участием знатных биев и в присутствии народа. Как правило, к смертной казни свободного человека мог приговорить только ханско-султанский суд.

Однако основной судебной властью обладал суд биев. Но не всякий бий – родоначальник мог одновременно быть бием-судьей. Для этого нужно было хорошо знать адат и зарекомендовать себя в качестве объективного судьи.

В казахской степи титул «бий» был не столько наследственным или жалуемым, сколько заслуженным почетным званием⁴. Би не назначались и не избирались. По крайней мере так было до вмешательства русской администрации в XIX в.

¹ Гурлянд Я.И. Степное законодательство с древнейших времен по XVII столетие. Казань, 1904. С. 111.

² Гурлянд Я.И. Степное законодательство с древнейших времен по XVII столетие.. С. 6–7.

³ Что такое УЛУС // Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. Энциклопедический словарь (<http://www.slovoe-dia.com/10/211/981339.html>).

⁴ <http://lib.kazsu.kz/libr/vestnik/TEXT%5CBIY1.TXT>

Соискатель (кандидат) мог иногда определяться, выделяться биями, аксакалами и другими уважаемыми и умудренными жизнью людьми, первоначально оказывавшими ему определенную поддержку, но стать бием можно было лишь после народного признания претендента, заслуживающего такого звания.

Основными требованиями к таким людям были: доскональное знание норм обычного права, обладание ораторским талантом и честность. Бесчестный человек неизбежно утрачивал звание бия, так как никто не считал возможным обращаться к нему за справедливым решением. Безупречная репутация являлась необходимой и достаточной гарантией правосудия. Звание бия являлось своеобразной бессрочной лицензией на легальную юридическую практику в качестве судьи или адвоката. Кроме того, по своему положению в обществе бий мог быть главой общины (рода), советником хана или султана, «свободным поэтом-рыцарем», т.е. мог заниматься административной, военно-политической, дипломатической или иной общественно значимой деятельностью. Судебная власть в казахской степи издревле осуществлялась в основном биями.

В казахском обычном праве дело не могло возбуждаться по факту преступления, процесс начинался только по инициативе потерпевшего. Истец именовался *даулаушы* или *талапкер*, а ответчик — *жауан беруши* или *жауапкер*. Кроме того, в процессе участвовали представители истца и ответчика, свидетели — *айгак* и присягатели — *жан беруши*. Суд был гласным, состязательным, все дела, как уголовные, так и гражданские имели исковый характер. Бии выбирались по соглашению сторон.

Перед началом процесса бий предлагал сторонам примирение и в случае отказа начинал слушание.

Одним из важнейших институтов судебного процесса в казахском обычном праве был институт присяги — *жан беру*. К нему прибегали в случае невозможности другими путями выяснить истину. Присягали не сам истец и ответчик, а их родственники, по выбору противной стороны. Различалось два вида присяги: доказательная и очистительная. Решение суда биев выносилось устно. Судебное разбирательство завершалось разрезанием волосяной веревки, символизирующей окончательность решения дела. Бий получал вознаграждение (*билик*) — 10% от суммы иска и все штрафы, назначенные нарушителям процессуальных норм во время суда.

Исполнение судебного решения возлагалось на ответчика. За уклонение от исполнения судебного решения общественное мнение осуждало не столько самого ответчика, сколько его родичей, родоправителей. При отсутствии развитой системы государственного аппарата судебное решение зачастую добровольно не исполнялось, поэтому прибегали к институту *барымты* как средству (способу) обеспечить реализацию решений суда. *Барымта* производилась путем угона скота виновного, его влиятельного родственника или аула.

Процессуальные нормы, в виде исключения, предусматривали право на обжалование решения суда бия в ханском суде. Если хан подтверждал решение бия, то жалобщик обвинялся в попытке опорочить судью и подвергался телесным наказаниям. Если же хан сомневался в справедливости приговора, вынесенного бием, то он предлагал пересмотреть дело.

Гласность судебного процесса и зависимость авторитета бия от справедливости вынесенных им решений вели к невозможности злоупотреблений со стороны биев и стремлению выносить приговоры, максимально удовлетворяющие обе стороны.

Таким образом, целью суда был не столько поиск истины, сколько примирение сторон.

Р.Ю. Почекаев в своей работе выявляет основные различия золотоордынского суда по обычному праву и суда биев¹. Причины сохранения суда по обычному праву в Золотой Орде, правда, в большей степени субъективного характера. Так, например, несомненно, не каждый мог себе позволить приезжать к официальным судьям — *дзаргучи* или *кади* (мусульманские суды были официально включены в административно-судебную систему Золотой Орды после установления ислама в качестве официальной религии). Кроме того, вполне естественно, что большинство тяжущихся стремилось к тому, чтобы их споры разбирал не какой-то незнакомый чиновник, назначенный центральной властью, а хорошо известный и уважаемый в своем племени человек. Все эти факторы позволили суду по обычному праву «выжить» как институту, а со временем и вновь возродить свое влияние.

Возрождение суда по обычному праву в Золотой Орде происходит, вероятно, в конце XIV — начале XV в. в связи с упадком административной системы Золотой Орды в результате гражданских войн и нашествий Амира Тимура (1391, 1395 гг.). Уже к середине XV в. суд по обычному праву становится настолько распространен, что происходит даже в ставках самих ханов. На взгляд Р.Ю. Почекаева, именно эти суды уже можно с наибольшим основанием считать непосредственными предшественниками казахского суда биев.

Положение в обществе казахских судей-биев существенно отличалось от положения судей, осуществлявших правосудие по обычному праву в Золотой Орде. Казахские бии не занимали никакого официального поста, не принадлежали к родовой и племенной знати. Главными критериями выбора бия были, как уже отмечалось, его безупречная репутация и знание норм обычного права. Ни социальное или материальное положение, ни возраст лица не имели решающего значения — если к нему кто-то обращался за разрешением спора и стороны в результате оставались довольными его решением, то этот судья *ad hoc* становился бием и впоследствии к нему обращались уже и другие лица.

Таким образом, очевидно, что во многих культурах обычай выступает в качестве дополнительного источника права, восполняет пробел, образовавшийся в результате неурегулированности того или иного условия в договоре или пробелов законодательства.

Иногда незаслуженно обычное право относят к архаическим, изжившим себя формам образования права, забывая или не зная о том, что ряд передовых стран мира до настоящего времени пользуется его нормами даже в области конституционного строительства (Великобритания, Канада, Новая Зеландия, Япония, отчасти США и многие другие). Более того, современные, можно сказать, эволюционные, способы разрешения споров, каким является институт медиации, уходят корнями в традиционное обычное право. Обычное право не только не изжило себя и живет до сих пор, но и во многом сохранило свой потенциал для дальнейшего развития в современный период.

¹ Почекаев Р.Ю. От золотоордынского суда по обычному праву к казахскому суду биев // Вопросы истории и археологии Западного Казахстана. 2009. № 1. С. 173–181.

Кэрри Менкель-Мидоу (*Carrie Menkel-Meadow*)¹

АМЕРИКАНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

НЕФОРМАЛЬНОЕ, ФОРМАЛЬНОЕ И «ПОЛУФОРМАЛЬНОЕ» ПРАВОСУДИЕ В США²

І. Введение. Каким образом «процедурные формальности» влияют на отправление правосудия?

В основе тенденции развития менее формального подхода к отправлению правосудия, получившей свое распространение в США в конце 70-х — начале 80-х гг. XX в.³, лежат самые разнообразные взгляды, включая идеи о необходимости качественно улучшить существующие способы разрешения споров по существу⁴, в том числе за счет привлечения сторон спора к более активному участию в процессе. При этом инициаторами процессуальных реформ выступили суды и судебные служащие, включая Председателя Верховного суда США Уоррена Бергера, который потребовал сокращения сроков делопроизводства и процессуальных сроков, уменьшения стоимости судопроизводства, его упрощения и, обращаем внимание циников, — передачи дел из федеральных судов под юрисдикцию иных правоприменительных органов, в том числе суды штатов, малые юрисдикционные комиссии и другие институты рассмотрения споров вне судов, которые могут быть объединены под одним общим наименованием — альтернативные способы разрешения споров. Таким образом, первоначально идея развития альтернативных или менее формальных способов разрешения споров была продиктована как минимум двумя группами причин — вопросами количественной эффективности судопроизводства, которое необходимо было делать более доступным, менее затратным, быстрым и эффективным, и идеями о необходимости качественно расширить полномочия сторон спора, предоставив им возможность более активного, прямого участия в процессе и возможность определения существующих в споре интересов сторон. Эта идея предполагает предоставление сторонам спора возможности обозначения приемлемых решений их конфликта, которые будут более устойчивы и взаимно ориентированы по сравнению с победой/поражением как результатом разрешения спора формальными судами с «ограниченным представлением о способах защиты»⁵.

В последние годы развитие многообразия способов разрешения споров получило свое наименование — «процессуальный плюрализм»⁶ — по версии автора настоя-

¹ Профессор Джорджтаунского университета (*Georgetown University*) (США).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен аспирантом П. Астафьевым (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

³ Richard L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, Academic Press, 1982.

⁴ Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving* // 31 *UCLA L. Rev.* 754 (1984).

⁵ Там же.

⁶ Carrie Menkel-Meadow, *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes* // 94 *Georgetown Law J.* 553 (2006).

щей статьи и «допустимое» (не альтернативное) разрешение споров — по версии иных авторов, которое предполагает, что не все вопросы могут быть предметом одинакового отношения, — «один и тот же формат судебного разбирательства подходит не для всех дел». Различные виды и количество сторон спора, структура спора и разные вопросы права могут обусловить различные форматы рассмотрения спора¹. Это серьезный вопрос, поставленный перед американским идеалом единого, но трансформирующегося процесса², поскольку следствием подобных идей являются представление о необходимости перехода от «технократичного» распределения дел к более эффективному и удобному виду судопроизводства³, а также более глубокие теоретико-правовые вопросы о том, необходимы ли различные виды судопроизводств для того, чтобы обеспечить эффективное правосудие в различных ситуациях. Необходимо ли ко всем делам относиться одинаковым образом или же только однородные дела должны быть рассмотрены по одним и тем же правилам, как определить, какие дела однородны в достаточной степени, чтобы их можно было рассматривать по одним и тем же правилам?

Дебаты по поводу «исчезающего судебного разбирательства»⁴ и утраты формальных процедур в связи с тем, что все меньше и меньше дел заканчивается вынесением судебного решения в США (только 2% дел, возбужденных различными судами, как федеральными, так и судами штатов, как общими, так и специальными, рассматривается полностью с вынесением судебного решения), возникли среди ученых, судей и практикующих юристов по причине того, что некоторые из них считают, что недостаточное количество дел, заканчивающихся вынесением решения, не позволяет создавать прецеденты, столь необходимые в общем праве, и поддерживать сформировавшийся режим *stare decisis* для производства обоснованных принципов и правил, управляющих обществом⁵. Как я и утверждала несколько лет назад, существует вопрос: кому, в конце концов, необходимо разрешение спора?⁶ — сторонам спора, для которых важно его решение, или же для большей части общества, нуждающейся в прозрачных и весьма определенных видах процедур (возможно, состязательных), которые позволят воспроизводить право и отправлять правосудие в отношении всех споров с помощью правил, сформированных в результате рассмотрения конкретных дел. Состояние процессуальных правоотношений для оценки качества судебного разбирательства — это серьезный правовой вопрос, рассмотренный многими учеными-процессуалистами. Отличие «процедурной справедливости» от «социальной справедливости» обсуждалось десятилетиями

¹ Carrie Menkel-Meadow, *Dispute Processing and Conflict Resolution: Theory, Practice and Policy*, Ashgate Press, 2003.

² Stephen N. Subrin, *The Limitations of Transsubstantive Procedure: An Essay on Adjusting the «One Size Fits All» Assumption»* // 87 *Denver University L. Rev.* 377 (2010).

³ The idea that the «forum should fit the fuss» was originally Профессор Maurice Rosenberg's, (Columbia University) now captured by Frank E.A. Sander и Stephen B. Goldberg, (Frank E.A. Sander, Stephen B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure* // 10 *Negotiation J.* 49 (1994).

⁴ Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts* // 1 *J. of Empirical Legal Studies* 459 (2004).

⁵ Stephen N. Subrin, *Litigation and Democracy: Restoring a Reasonable Prospect of Trial* // 46 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 399 (2011); Owen Fiss, *Against Settlement* // 93 *Yale Law J.* 1073 (1984).

⁶ Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement* (in some cases), 83 *Georgetown Law J.* 2663 (1995).

с учетом эмпирических исследований, которые показывают, что участники процедуры разрешения споров оценивают «справедливость» и «честность» разрешения спора независимо от результата, достигнутого сторонами спора¹. Я достаточно долго поддерживала и поддерживаю Лона Фуллера — нашу «процессуальную величину»², который в серии своих статей аргументировал позицию, согласно которой каждый юридический процесс, в частности судебное разбирательство, третейское судопроизводство, медиационные процедуры, законодательный или регулятивный процесс (а также другие виды процессов, такие как голосование и т.д.), обладают своей собственной «целостностью», состоящей из собственных правовых норм, этических правил и способов вынесения решений³.

В настоящее время, наблюдая за многообразием процессуальных механизмов, используемых для разрешения споров (описаны ниже), я часто задаюсь вопросом о том, одобрил ли бы Лон Фуллер широкую гибридизацию процессуальных институтов, которая произошла в последние десятилетия с появлением самых различных форм разрешения споров, среди которых можно назвать следующие: процессуальный институт «посредничество и арбитраж»⁴ (используемый при разрешении трудовых, семейных, коммерческих споров), явившийся результатом трансформации медиативных процедур и третейского разбирательства; процессуальный механизм разрешения спора, именуемый «нейтральная оценка на раннем этапе»⁵ или «переговоры по урегулированию», представляющий собой процесс, в ходе которого судьи и юристы на досудебном этапе выражают свое мнение по поводу спора сторонам конфликта или их представителям⁶; «упрощенное судопроизводство с присяжными заседателями»⁷ (в ходе этой процедуры присяжные выражают свои рекомендации в открытом судебном заседании с целью урегулировать дело); «малое жюри»⁸ (конфиденциальный смешанный процесс, использующий показания свидетелей, оглашение правовых позиций сторон спора, переговоры, медиационные процедуры и иногда третейское судопроизводство); «частное судебное разбирательство»⁹, в котором субъекты частноправовых отношений нанимают судей для конфиденциального урегулирования спорных вопросов с возможностью в последующем обжаловать вынесенное решение и обратиться за судебной

¹ E. Allan Lind, Tom Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, Plenum Press 1988; Nancy Welsh, *Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories* // 54 *Journal of Legal Educ.* 49 (2004).

² Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention* / The Intellectual Founders of ADR, // 16 *Ohio State J. of Disp. Res.* 13 (2000).

³ Lon Fuller, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon Fuller* / Kenneth Winston, ed., rev. ed. Hart Publishing, 2001.

⁴ Carrie Menkel-Meadow, Lela Love Andrea Kupfer Schneider, Jean Sternlight, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2011, p. 526–529.

⁵ Wayne Brazil, *A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs: Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values* // 1990 *U. Chi. Legal F.* 303.

⁶ Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: The Uses and Abuses of the Pre-Trial Settlement Conference* // 33 *UCLA L. Rev.* 485 (1985).

⁷ James Alfini, *Summary Jury Trials in State and Federal Courts: A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers* // 4 *Ohio State J. of Disp. Resol.* 213 (1989).

⁸ CPR // *Mini-Trial Handbook*, 1982.

⁹ Cal. Civ. Proc. Code § 638–645 (West Supp. 2004); Fla. Stat. Ann. § 44.104 (West 2003 & Supp. 2004). Ann Kim, *Rent-a-Judges and the Cost of Selling Justice* // 44 *Duke Law J.* 166 (1994).

защитой (легитимировано конституциями и законодательством штатов, например, Калифорнии); и, наконец, «частным жюри»¹ — в ходе данной процедуры нанимается жюри присяжных заседателей для урегулирования спора вне суда, которое позволяет беспристрастно оценить обстоятельства дела без разглашения доводов сторон спора и его результата. Что бы сказал Лон Фуллер и как следует относиться нам — ученым-процессуалистам и практикам — к этим разнообразным процессуальным механизмам? Каким образом определить, честны ли, справедливы ли и допустимы ли данные процессуальные институты как для самих сторон спора, так и для системы разрешения споров?

В данном исследовании я рассмотрю вышеописанные вопросы, отстаивая точку зрения, согласно которой в США мы в настоящее время имеем отличный как от «формального», так и от «неформального» юридический процесс, — у нас сложились «полуформальные» процессуальные механизмы и вопрос, который сегодня стоит перед нами, заключается в том, каким образом оценить эффективность, действенность и законность столь разнообразных видов процессуальных институтов. В США существует тщательно разработанная система формального правосудия, основанная на федеральных процессуальных нормах и нормах законодательства штатов (как гражданских, так и уголовных), одновременно существуют многочисленные специальные судебные органы со своими собственными процессуальными правилами, рассматривающие споры в таких сферах, как банкротство, трудовые споры, споры в области семейных правоотношений, споры о правах на ценные бумаги, споры в области науки и технологий, торговые споры, патентные споры и споры о правах на товарные знаки и, наконец, налоговые споры. Кроме того, существует много неформальных юрисдикционных органов для разрешения конфликтов, включая медиативные институты, третейские суды и иные похожие механизмы, религиозные суды и посреднические агентства, специальные советы для разрешения споров, связанных с осуществлением предпринимательской и производственной деятельности (например, в области банковского дела, страхования, франчайзинга, строительства, технологий, спорта и энергоснабжения). Данные институты разрешения споров используют как медиационные процедуры и техники третейского разбирательства², дружественные способы рассмотрения дел³, процедуры рассмотрения дел с участием потребителей в онлайн режиме⁴, внутрикорпоративные способы разрешения споров (*IDR* — внутрикорпоративное разрешение дела⁵), включая процесс рассмотрения жалоб в крупных корпорациях, университетах, торговых союзах, правительственных агентствах и негосударственных организациях⁶), так и разрешают конфликты в нелегитимных сообществах — бандах⁷ и иных группах организованной преступности. В настоящее

¹ Margaret Jacobs, *Legal Beat: Private Jury Trials: Cheap, Quick and Controversial* // *Wall St. J.* July 7, 1997.

² CPR Industry Panels Dispute Resolution.

³ Sally Merry, Neal Milner, *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press, 1993.

⁴ Ethan Katsh, Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey Bass, 2001.

⁵ Lauren Edelman, Howard Erlanger, John Lande, *Internal Dispute Resolution: The Transformation of Civil Rights in the Workplace* // *27 Law & Society Rev.* 497 (1993).

⁶ William Ury, Jeanne Brett and Stephen Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut Costs of Conflict*, Jossey Bass, 1988.

⁷ Sudhir Venkatesh, *Gang Leader for a Day*, Penguin, 2008.

время мы также имеем более смешанную группу процессуальных механизмов, которая может быть названа «полуформальной» формой разрешения споров, использующей правила как частного, так и публичного юридического процесса, которая обладает сложной структурой и формальными аспектами юридического процесса даже в тех случаях, когда использование формальных процедур разрешения конфликта или апелляционного пересмотра продиктовано незначительными причинами. Эта группа процессуальных механизмов включает в себя альтернативные способы разрешения споров при судах, в которых в существенном объеме используются федеральные процессуальные правила и нормы законодательства штатов и доступ к судебной защите открывается после исчерпания этих способов. К этой же группе допустимо отнести обязательные институты, функционирующие на основании третейских оговорок, содержащихся во многих потребительских и предпринимательских договорах, которые обязывают стороны к использованию внесудебных третейских институтов, некоторые из которых имеют весьма детальные процессуальные правила, но при этом лишь в немногих из них существует возможность последующего обжалования вынесенных решений в судебные органы (что согласуется с правилами об ограниченном числе оснований, при наличии которых допустима отмена решений третейских судов, установленных Федеральным актом о третейском судопроизводстве¹). Кроме того, к названной группе процессуальных механизмов могут быть отнесены детально структурированные международные коммерческие арбитражные суды, которые рассматривают дела в соответствии с весьма формальными правилами, несмотря на то, что многие из них до настоящего времени не находятся в ведении формальных государственных судов².

Для целей настоящей статьи я использовала термин «полуформальный», происходящий из американских правил об этикете в одежде («повседневно-деловой» — английский синоним этого термина), для того, чтобы провести аналогию и определить место процедуры разрешения споров, говоря в переносном смысле, где-то между строго формальным костюмом или вечерним платьем и абсолютно неформальной или повседневной одеждой, свойственной сегодняшней манере одеваться в семье, на работе или на отдыхе. Потребовать носить «полуформальную» одежду — это все равно, что заставить джентльменов надевать галстуки и пиджаки,

¹ 9 U.S.C. § 10; *Hall Street Associates v. Mattel*, 552 U.S. 576 (2008).

² Yves Dezalay, Bryant Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and The Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996. См. также: Alec Stone Sweet, *Arbitration and Judicialization* // 1(9) *Onati Socio-Legal Series 1* (2011), где утверждается, что некоторые формы международных третейских судов (рассматривающих споры инвесторов и государств) становятся все более подобными государственным судам, публикуя открыто вынесенные решения, описывая в них собственную аргументацию занятой позиции, которая бывает основана на различных доктринах общего права, таких как пропорциональность и баланс интересов, допустимость экспертных заключений «друзей суда», отношение к ранее вынесенным решениям как к прецедентам, и допуская апелляционное обжалование собственных актов. Некоторые ученые (в том числе и я, см.: Carrie Menkel-Meadow, *Are Cross-Cultural Ethics Standards Possible or Desirable in International Arbitration? Melangés en l'honneur de Pierre Tercier* / Peter Gauch, Franz Werro, Pascal Pichonnaz. eds., Geneva, Schulthess, 2008) считают, что даже международные коммерческие арбитражные суды, созданные на основании частноправового договора, являются в действительности зависимыми от государства через процедуры признания и приведения в исполнение их решений в национальных судах в соответствии с международными договорами и на самом деле международные коммерческие суды воспроизводят *lex mercatoria* (Thomas Carbonneau, *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, Kluwer Law International, 1997).

если не смокинги, и при этом надеяться, что женщины будут носить если не платья и юбки, то как минимум воображаемые брюки. Идея заключается в том, чтобы совместить формальность, элегантность, торжественность и серьезность. Таким образом, «полуформальное» использование медиативных процедур и третейского разбирательства при разрешении спора предполагает (порой ошибочно), что при урегулировании конфликта медиаторами или арбитрами проверяется их компетентность и этические установки, а в некоторых делах допускается апелляционное обжалование их решений в формальный суд.

Например, детальные правила Американской третейской ассоциации если и не представляют собой целый Федеральный свод правил о гражданском процессе, то, как минимум, обеспечивают обязательное раскрытие документов и обязательный информационный обмен, предусматривают традиционную американскую практику представления документов и личный допрос сторон (показания под присягой), детальное (и дорогостоящее) документальное и компьютерное исследование, подготовительные способы защиты, а в некоторых делах такие способы защиты (штрафные убытки), которые применяются в государственных судах США. Несмотря на то, что все это происходит в отсутствие открытости процесса и апелляционных процедур, по крайней мере (по идее) каждый знает правила, которые им выбраны (как правило, в договоре или посредством выбора конкретного институционального третейского суда). В последние годы в США многие пытаются обосновать отсутствие добровольности при присоединении к третейской оговорке, ставшей, по сути, обязательной, – потребительские, коммерческие, трудовые споры стремительно сокращаются, так как государственные суды, включая Верховный суд США, поддерживают договоры, которые содержат требование о передаче спора в альтернативный институт (как правило, третейский суд) даже в тех случаях, когда потребитель или работник в действительности не знал или не понимал, что за контракт он подписывает¹.

Совершенно неформальные способы разрешения споров в настоящее время получили наименование «облегченное судопроизводство» (третейское разбирательство) или «утяжеленное разрешение спора у медиатора» (медиативная процедура, в рамках которой нейтральный посредник решает или предлагает решение конфликта для его сторон, представляет собой нечто большее по сравнению с процедурой, в которой медиатор лишь способствует переговорному процессу²), данные способы разрешения споров используются в отсутствие строгих формальных требований к применяемым процессуальным правилам, а также в отсутствие ясности в том, каковы дальнейшие действия, если конфликт не будет разрешен. Вопрос, с которым мы в данном случае сталкиваемся, в том, способен ли «полуформальный» процесс легитимно существовать в пространстве между открытостью, последовательностью и логичностью формального правосудия и конфиденциальностью, гибкостью и самоопределяемостью неформальных, альтернативных способов разрешения споров. Следует ли подчинять разные виды процесса разным видам оценочных

¹ См., например: *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.* 500 U.S. 20 (1991); Jean Sternlight, *Fixing the Mandatory Arbitration Problem: We Need the Arbitration Fairness Act of 2009* // 16 *Dispute Resolution Magazine* 5 (2009); Jean Sternlight, *Is the US Out on a Limb? Comparing the US Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that of the Rest of the World* // 56 *U. Miami L. Rev.* 831 (2002).

² Lela Love, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate* // 24 *Florida State L. Rev.* 937 (1997).

критериев или же любой процессуальный механизм должен управляться одним и тем же требованием?

Растущая сложность, сегментированность и дифференцированность процесса, которые должны были быть оправданы такими важными ценностями, как выбор сторон, соглашение сторон, самоопределение и взаимовыгодное решение спора, в настоящее время угрожают другим идеям правосудия, а именно последовательности, открытости, действительному соглашению сторон, их осведомленности, а также справедливости, равенству, прозрачности, социально единообразному и справедливому разрешению конфликта.

Описывая и анализируя некоторые из наиболее интересных направлений в современном американском процессуальном плюрализме я, надеюсь, продемонстрирую трудности, парадоксы и противоречия разных видов процесса, которым свойственны разные цели и задачи (в особенности если стороны спора имеют отличные цели), в частности в случаях, когда «полуформальный» процесс не является ни формальным, ни неформальным. Мы рассмотрим, как вы увидите ниже, парадокс приведения в исполнение решений третейских институтов в государственных судах; отсутствие ясных правил исполнения решений, постановленных в рамках медиативных процедур; конфликты частных религиозных судов и общественных ценностей, выражаемых государственными судами¹; роль объединения судей, которые урегулируют спор в качестве медиаторов, а не разрешают его в качестве судей; и отсутствие правил, по которым должно рассматриваться дело, в тех случаях, когда стороны спора избирают неформальный или полуформальный процесс рассмотрения спора для достижения исключительно частного решения. В какой степени нам необходим формализм в форме открытости или транспарентности, единообразных правил процесса в целом и отдельных процедур в частности для того, чтобы рассматривать легитимными, справедливыми и правосудными любые виды процессуальных механизмов? В какой степени различные виды процессуальных средств должны быть разрешены для достижения легитимности и справедливости разнообразных процессуальных механизмов? Является ли сам по себе «процессуальный плюрализм» положительным явлением?

II. Характеристики «формального» правосудия

Концепция формального правосудия в современной американской юриспруденции включает в себя следующие элементы: судебное разбирательство дела по существу или формальное слушание дела с его разрешением по существу; транспарентность или открытость судебного процесса; обоснованные правовые доводы посредством существующих прецедентов; доказанные факты, в том числе показания свидетелей, исследование фактов, документов и информации, источником которой могут являться противная сторона в споре, государственные служащие (как выбранные, так и назначенные, как федеральные, так и служащие штатов); судьи, которые консультируют лиц, устанавливающих факты (присяжных заседателей), по правовым вопросам или самостоятельно исследуют факты, а также формулируют правовые нормы, составляют письменные обоснованные мнения, которые обладают силой

¹ Michael A. Helfand, *Religious Arbitration and the New Multi-culturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders* // 86 *New York University L. Rev.* 1231 (2011); Ellen Waldman, *Mediation Ethics*, Jossey-Bass, 2011, ch. 9.

прецедента или силой *stare decisis* в отношении иных аналогичных дел, и при этом, что наиболее важно, судьи, подчиненные формальным правилам (федеральным правилам гражданского или уголовного процесса или законодательству штатов), а также процедурам апелляционного и иных пересмотров¹. Согласно Лону Фуллеру правосудие или «формальное правосудие» является необходимым, когда разрешение спора на основании обоснованных доводов требуется не только спорящим сторонам, но также разъясняет правила поведения для общества в целом, в особенности когда разрешения требует вопрос о правах (и особенно конкурирующих правах). Судебное разрешение спора предполагает вынесение решения компетентными и нейтральными органами, которые поясняют собственные решения (данное решение носит обязательный характер как для сторон спора, так и для общества в целом), основанные на том, что нам известно под наименованием «правовые нормы» или «надлежащий правовой акт» (правовой позитивизм), или на общем праве.

Предполагается, что судья как третья нейтральная сторона или «универсальный судья» (роль которого описана историком Мартином Шапиро) является независимым и беспристрастным по отношению к сторонам и предмету спора и разрешает дело полагаясь на материальное и процессуальное право. Подобное положение вещей основано на базовом принципе «согласия» на судебную форму разрешения спора и «компетенции» (право делать выводы) юрисдикционного органа. Многие англо-американские авторы работ по формальному правосудию также признают ряд особенностей судебного процесса — наличие аргументации противных сторон с учетом того, что «истина», а в равной степени и справедливость будет установлена на основании доводов, озвученных в споре, а также представлением доказательств и аргументов обоими сторонами спора (предполагается наличие двух спорящих субъектов)². Нейтралитет и незаинтересованность лица, принимающего решение по спору при его разрешении в рамках формального правосудия, многими правоведами рассматривается как важнейший фактор, отступление от которого (как, например, при медиативных процедурах) считается лишь захламляющим судебный процесс³.

Таким образом, ключевые принципы формального правосудия включают в себя:

- формальные и ясные правила процедур, известные сторонам спора и согласованные ими, включая правила о бремени представления доказательств;
- транспарентность/открытость судебного разбирательства;
- нейтралитет и незаинтересованность лиц, принимающих решение по спору как в отношении фактов (присяжные заседатели), так и в отношении права (судьи);
- доступность информации, источником которой выступают обе стороны (в том числе показания под присягой), с минимальными условиями конфиденциальности и другими мерами по защите сведений;
- обоснованность выносимых решений правовыми нормами;

¹ Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication* // *The Principles of Social Order* / K. Winston, ed., rev. ed., Hart Publishing, 2001; Lon Fuller // 92 *Harvard L. Rev.* 353 (1978); Owen Fiss, *Against Settlement* // 93 *Yale Law Journal* 1073 (1984); Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Univ. of Chicago Press, 1981; David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm* // 83 *Georgetown Law J.* 2619 (1995); Judith Resnik, *Managerial Judges* // 96 *Harvard L. Rev.* 374 (1982).

² См.: Stuart Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton U. Press, 2000.

³ См., например: David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm* // 83 *Georgetown Law J.* 2619 (1995); Judith Resnik, *Managerial Judges* // 96 *Harvard L. Rev.* 374 (1982).

- наличие допустимых и обязательных к исполнению способов защиты, санкционированных государственными служащими (судьями) или их представителями (присяжными заседателями);
- открытые и обоснованные решения, содержащие мотивы постановленных выводов и правовое обоснование;
- разъяснение правил и мотивов решений для сторон спора и для общества в целом как инструмента, регулирующего аналогичные ситуации;
- возможность пересмотра решений в случае ошибки или нарушения процессуальных или материальных правовых норм.

Все вышеуказанные элементы определяют различные аспекты американской (и английской) концепции «надлежащей судебной процедуры». К сожалению (для формального правосудия и для сторон спора), даже наиболее выдающиеся сторонники необходимости судебного разрешения споров в некоторых случаях признают, что ряд ситуаций требует различных элементов процедуры разрешения споров как на индивидуальном (например, семейные или трудовые споры), так и на общесоциальном уровне (уровне общественного устройства). Лон Фуллер признает, что некоторые отношения (семейные, трудовые, отношения, связанные с повторяющимися коммерческими покупками) и некоторые вопросы (многосторонний спор с большим количеством заинтересованных лиц и взаимно влияющими друг на друга вопросами) было бы лучше рассматривать с использованием иных форм разрешения споров (медиативные процедуры с участием продавцов, урегулирование, общее голосование в демократическом законодательном процессе, третейское разбирательство в тех случаях, когда конфиденциальность, быстрота и последовательность весьма желательны).

Таким образом, Лон Фуллер признает, что другие способы разрешения споров сами по себе оправданны с точки зрения морали, политики, общественных ценностей, права при условии, что стороны спора этого желают либо сложившаяся ситуация требует их применения. Требования Лона Фуллера (как, впрочем, и мои собственные)¹ к другим процессуальным механизмам основаны на «их единстве и дифференциации», а не только на необходимости более быстрого, дешевого, эффективного разрешения споров по сравнению с традиционными способами. Стороны спора могут желать сохранить сложившиеся между ними отношения, или взаимосвязи, или рабочее место без непрочного решения (которое может привести к желанию отомстить или покарать при новом споре). Стороны спора могут желать «поделить» (например, детей при разводе) или сохранить, а не разделить, денежные средства. Правовые нормы могут предусматривать для обоих или всех сторон определенного спора одинаковые или конкретные способы защиты. Скоординированное, а не конкурентное поведение может привести к нахождению новых выходов из ситуации и способов ее решения². Некоторые сообщества могут предпочитать разрешать возникающие конфликты и проблемы согласно сложившимся внутри этих сообществ правилам³.

¹ См., например: Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving* // 31 *UCLA L. Rev.* 754 (1984); Eiusdem, *The Trouble with the Adversary System in a Post-Modern, Multicultural World* // 38 *William & Mary L. Rev.* 5 (1996).

² Menkel-Meadow, *Aha! Is Creativity Possible in Legal Problem Solving and Teachable in Legal Education* // 6 *Harvard Negotiation Law Review* 97 (2001).

³ Oscar Chase, *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, NYU Press, 2005; P.H. Gulliver, *Disputes and Negotiations: A Cross Cultural Perspective*, Academic Press, 1979; Laura Nader,

III. Неформальное правосудие в США

Вместе с тем у неформального правосудия в США достаточно длинная история, которая включает разрешение религиозных споров, споров внутри локальных групп и бизнес-групп, медиативные процедуры, третейское разбирательство споров начиная с раннего колониального периода и вплоть до настоящего времени¹. Современное неформальное разрешение споров в США происходит из нескольких отраслей материального права (трудовое право², коммерческое право, гражданское право³, охрана окружающей природной среды⁴, семейное право⁵), юридических тенденций (необходимость обеспечения эффективности делопроизводства⁶), социальных тенденций (предоставления сторонам спора широких полномочий, подотчетность потребительских⁷ и гражданских прав, более предметное решение социальных и правовых проблем) 1970–1980-х гг., которые совместно привели к возникновению конфиденциальных переговоров, медиативных процедур⁸, процедур установления общественного консенсуса⁹ и коммерческому третейскому судопроизводству¹⁰.

Современные американские способы разрешения споров имеют прочное научное¹¹ обоснование¹², доводы, основанные на теории игр¹³, международных отношениях, социальной и когнитивной психологии¹⁴, антропологии¹⁵, социологии¹⁶, политологии. Данная взаимосвязь объясняется тем, что наилучшее разрешение правовых и социальных проблем связано с «интересами и нуждами» как основой

Harry Todd (eds), *The Disputing Process — Law in Ten Societies*, Columbia University Press, 1978; Clark Freshman, *Privatizing Same-Sex Marriage Through Alternative Dispute Resolution: Community Enhancing Versus Community Enabling Mediation* // 44 *UCLA L. Rev.* 1687 (1997).

¹ Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford, 1983.

² Jerome T. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social and Cultural Movement*, Jossey Bass, 2004.

³ Wallace Warfield, *From Conflict Resolution to Social Justice* / Alicia Pfund, ed., Continuum Press (ожидается выход в свет).

⁴ Lawrence Bacow, Michael Wheeler, *Environmental Dispute Resolution*, Springer, 1984.

⁵ Gary Friedman, *A Guide to Divorce Mediation*, (Workman, 1993).

⁶ Warren Burger, *Isn't There a Better Way?* // 68 *A.B.A. J.* 274 (1982).

⁷ Christine Harrington, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press, 1985.

⁸ Carrie Menkel-Meadow, Lela Love, Andrea Schneider, *Mediation: Practice Policy and Ethics*, WoltersKluwer, 2006; Carrie Menkel-Meadow (ed.), *Mediation: Theory, Policy and Practice*, Ashgate, 2000.

⁹ См., например: Lawrence Susskind, Sarah McKernan, Jennifer Thomas-Lerner, *The Consensus Building Handbook: A Comprehensive Guide to Reaching Agreement*, Sage Publications, 1999; Ray Schoenholtz, *Neighborhood Justice Systems: Work Structure and Guiding Principles* // 5 *Mediation Quarterly* 3 (1984).

¹⁰ Soia Mentschikoff, *Commercial Arbitration* // 61 *Columbia L. Rev.* 846 (1961).

¹¹ Carrie Menkel-Meadow, *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution* // *Handbook of Dispute Resolution* / Michael Moffitt, Robert Bordone, eds., Jossey Bass, 2005.

¹² Richard Zeckhauser, Ralph Keeney, James Sebenius (eds). *Wise Choices: Decisions, Games and Negotiations*, Harvard Business Press, 1996.

¹³ Duncan Luce and Howard Raiffa, *Games and Decisions: An Introduction and Critical Survey*, Dover, 1987.

¹⁴ Kenneth Arrow et. al., *Barriers to Conflict Resolution*, W.W. Norton, 1995; Dean Pruitt, S.H. Kim, *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*, McGraw Hill, 2004.

¹⁵ Kevin Avruch, *Culture and Conflict Resolution*, USIP Press, 1998.

¹⁶ Lewis Coser, *The Functions of Social Conflict*, Free Press, 1956.

переговоров¹, перераспределением ресурсов², эффективным информационным обменом³ и приводит к тому, что процессуальные механизмы, основанные на состязательности, уступают место процедурам, в основе которых лежит координация интересов и кооперация при разрешении спора⁴.

В 1970–1980-х гг. теоретики более эффективного разрешения споров вместе со служащими судебной системы и политическими активистами привлекли внимание ко многим процессуальным механизмам, альтернативным по отношению к государственному суду и формальному разрешению споров, включая двусторонние и многосторонние переговоры, медиативные процедуры, третейское судопроизводство, гибридные процедуры в виде достижения общего мнения, урегулирование спора внутри организации и переговоры потерпевшего и правонарушителя по уголовным делам⁵. То, что являлось предметом дискуссий (переговоры как наиболее распространенный способ разрешения спора через его урегулирование), стало предметом изучения в школах права, предметом эмпирических и социальных исследований⁶ и предметом политики, формируемой судами⁷. Судьи, в том числе Председатель Верховного суда США Уоррен Бергер, который хотел уменьшить объем дел в судах, выступал за преимущества более ответственных, конфиденциальных форм разрешения споров в виде переговоров вне судов, медиативных процедур и иных способов. Конгресс США ассигновал денежные средства на «центры разрешения соседских споров», которые, как предполагалось, будут иметь дело с «незначительными конфликтами», используя как юристов, так и не юристов для разрешения соседских споров, преступлений небольшой тяжести, малых коммерческих споров, споров, связанных с арендой недвижимости, и целого комплекса иных конфликтов. Правосудие по восстановлению в правах в форме переговоров потерпевшего — правонарушителя, восстановительные и карательные меры происходят из свойственных американским (как, впрочем, и канадским, и австралийским) местным группам идей об обществе, основанном на альтернативных мерах по сравнению с уголовным наказанием, в особенности, но не ограничиваясь, применительно к несовершеннолетним правонарушителям. Попытки по внедрению альтернативного общественного восстановительного правосудия в настоящее время в экспериментальном порядке предпринимаются также применительно к тяжким преступлениями в ряде отдельных штатов (например, в Висконсине)⁸.

¹ Carrie Menkel-Meadow, *Chronicling the Complexification of Negotiation Theory and Practice* // 25 *Negotiation J.* 415 (2009).

² Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton, *Getting to YES*, 3rd ed., Penguin, 2011.

³ Carrie Menkel-Meadow, *Know When To Show Your Hand*, *Negotiation Newsletter*, Program on Negotiation, Harvard, 2007.

⁴ John Nash, *Two Person Cooperative Games* // 21 *Econometrica* 129 (1953); R. Walton, R. McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, McGraw-Hill 1965; Morton Deutsch, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, Yale University Press, 1973.

⁵ Carrie Menkel-Meadow, *Restorative Justice: What Is It and Does it Work?* // 3 *Annual Review of Law and Social Science* 10:1 (Annual Reviews, Stanford, 2007).

⁶ Carrie Menkel-Meadow, *Dispute Resolution* // *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* / P. Cane, H. Kritzer, eds., Oxford, 2010.

⁷ Carrie Menkel-Meadow, Bryant Garth, *Civil Procedure: Policy, Politics and People* // *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* / P. Cane, H. Kritzer, eds., Oxford, 2010.

⁸ Jeanne Geske, *Why do I teach Restorative Justice to Law Students* // 89 *Marquette Law Review* 327 (2005).

В отдельно взятых отраслях права, например в семейном праве или в трудовом праве¹, инструменты неформального правосудия используются достаточно давно, к таковым можно отнести переговоры и медиативные процедуры по разрешению споров. Разрешение споров посредством семейной и трудовой медиации катализировало передачу в область неформального правосудия достаточно большого круга правовых (классовые иски, иски из причинения вреда, из договорных нарушений), политических (спору по распределению ресурсов, споры по защите окружающей среды, межправительственные споры) и социальных споров (спору из нарушения общественного порядка, расовые разногласия, этические разногласия, разногласия в области образования). Юристы, студенты юридических факультетов и другие представители профессии стали более внимательно относиться к медиации и «восстановительному искусству», изучать эти области, а также развивать навыки, необходимые при разрешении спора на основании соглашения сторон. Вместе с тем до настоящего времени официально не существует ни лицензирования, ни аккредитации медиаторов и других представителей системы альтернативного разрешения споров².

Весьма любопытно, что разные формы альтернативного разрешения споров широко использовались в различных незаконных сообществах. В фильме «Крестный отец» показан пример медиативной процедуры, в рамках которой «старший» разрешает спор, возникший внутри мафии. Кроме того, совсем недавно социолог Судхир Венкатеш получил доступ к материалам о медиативных процедурах и способах поддержания «общественного порядка» в гангстерских сообществах в Чикаго, а также о характере отношений, выстраиваемых гангстерским сообществом с обществом в целом³. Я обратила внимание на это, после того как несколько лет назад узнала об эффективности разрешения споров лидерами гангстерского сообщества в Рио-де-Жанейро⁴.

Именно те, кто оставался недоволен ограниченным представлением государственных судов о допустимых способах защиты⁵ или враждебной культурой правовых способов рассмотрения конфликтов⁶, а также те, кто желал обеспечить прямое участие сторон спора при его разрешении без помощи профессионалов (юристов и судей), объединили усилия с целью создать то, что впоследствии было названо «движение за неформальное правосудие»⁷. Данное движение способствовало тому, что отдельные граждане и сообщества стали обращаться за разрешением социальных, политических, экономических и даже правовых конфликтов в институты вне государственных судов с использованием медиативных процедур, способов урегулирования, способов

¹ Carrie Menkel-Meadow, *The National Labor Relations Act Legacy: Collective or Individual Dispute Resolution or Not* // 26 *ABA Labor & Employment J.* 249–266 (2011).

² В некоторых штатах (например, во Флориде, в Техасе, Массачусетсе, Калифорнии) предусмотрены некоторые ограничения, касающиеся обучения и сертификации, для выполнения посреднических или других услуг по урегулированию споров в судах, но не в частной практике.

³ Sudhir Venkatesh, *Gang Leader for a Day*, Penguin, 2008, p. 96–111, 158–163.

⁴ Первый национальный конгресс по медиации, Бразилиа, Бразилия, март 2008 г.

⁵ См.: Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving* // 31 *UCLA L. Rev.* 754 (1984).

⁶ ROBERT KAGAN, *Adversarial Legalism: The American Way of Life*, Harvard Press, 2001; Deborah Tannen, *The Argument Culture: Moving from Debate to Dialogue*, Random House, 1998.

⁷ См.: Richard L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, Academic Press, 1982; Christine Harrington, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press, 1985.

рассмотрения споров в группах и иных стратегий, позволяющих более чем двум сторонам рассматривать спор посредством переговоров и установления консенсуса вне государственных судов. Через какое-то время неформальное правосудие подверглось критике¹ за существующую в рамках него конфиденциальность, поскольку многие полагали, что правосудие должно быть открытым, должно создавать прецеденты, а также уравнивать экономически и административно неравноправные стороны. Вместе с тем другие, в том числе и автор настоящей статьи, продолжали утверждать, что некоторые аспекты неформального разрешения споров (отсутствие ряда формальных правил, конфиденциальность, «торговля преимуществами», создание индивидуальных для сторон правил и индивидуальное разрешение конфликтов) создают более эффективное «правосудие» для многих, если не для всех, спорящих. Таким образом, ключевые ценности неформального правосудия включают в себя:

- прямое участие сторон в разрешении спора и наличие у них больших полномочий при этом;
- самоопределение;
- согласие;
- индивидуальные решения, основанные на учете нужд и интересов сторон спора, а не обязательно прав и установок закона (использование индивидуальных, религиозных, этических, социальных принципов при разрешении конфликта, например, «принципа совместной опеки» при разводе супругов и определении места жительства детей);
- неимущественные решения по спорам (принесение извинений, заключение сделок, возмещение ущерба в натуральной форме);
- разрешение спора на будущее без необходимости установления обстоятельств и признания вины;
- конфиденциальность, позволяющая заключать сделки и разрешать конфликт без создания прецедента, а также обеспечение тайны частных дел для спорящих любых видов организаций и физических лиц;
- участие в споре более двух спорящих «заинтересованных лиц» (многостороннее разрешение споров);
- снижение вмешательства в частные дела и споры сторон профессионалов в сфере урегулирования конфликтов, использование принципа соглашения сторон вместо властного решения;
- гибкость в зависимости от спора процессуальных правил и практики;
- условные решения (которые могут быть пересмотрены при изменении обстоятельств) без создания прецедента;
- переориентация сторон по отношению друг к другу² — продвижение восстановительного правосудия вместо разрыва отношений, продолжения конфликта и карательных результатов в уголовных делах³;
- потенциально более быстрое и дешевое разрешение спора;
- соответствие принятого решения пожеланиям сторон.

¹ См., например: Richard L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice: The American Experience*, Academic Press, 1982; Judith Resnik, *Managerial Judges* // 96 *Harvard L. Rev.* 374 (1982); David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm* // 83 *Georgetown Law J.* 2619 (1995); Owen Fiss, *Against Settlement* // 93 *Yale Law J.* 1073 (1984).

² См., например: Lon Fuller, *Mediation: Its Form and Its Functions* // 44 *So. Cal. L. Rev.* 305 (1971).

³ Mark Umbreit, *The Handbook of Victim-Offender Mediation*, Jossey Bass, 2000.

Относительный успех некоторых форм неформального правосудия привел в начале 1980-х гг. к адаптации и трансформации частных неформальных процедур, таких как переговоры, медиативные процедуры и третейское разбирательство, и их гибридных форм, а также к их использованию при принятии ряда публичных решений — так, суды начали использовать медиативные процедуры и третейское судопроизводство (и по некоторым делам признавать за ними обязательную силу), бизнес начал включать в договоры условия об обязательном использовании третейского судопроизводства, в то же время различные организации стали «усваивать» данную тенденцию и обязывать использовать неформальный процесс обжалования как условие, позволяющее в последующем обратиться к разрешению спора в государственном формальном процессе. В то же самое время даже формальные государственные суды начали трансформировать собственный процесс в более неформальные процедуры, такие как «суды по разрешению проблем» в судах по делам о наркотиках, с участием несовершеннолетних, семейных спорах¹, при которых сочетаются медиативные процедуры², многостороннее участие сторон, нахождение консенсуса. Данные элементы были использованы в переговорах по формированию законодательной базы, в административном и регуляторном праве и процессе³, что в конце концов привело к тому, что данные неформальные способы получили закрепление в формальных правовых нормах и были легитимированы⁴. Способ неформального разрешения споров и ведения переговоров (гибридная форма медиации и третейского судопроизводства) получил широкое распространение при урегулировании классовых исков при причинении вреда, потребительских споров, споров о ценных бумагах, трудовых споров и ряда иных вопросов⁵. Даже конфликты, связанные с единичными трагедиями, как например гибель людей в результате террористической атаки в Нью-Йорке 11 сентября 2001 г.⁶, разрешались с использованием неформальных процедур переговоров с публичными фондами. «Неформальные» способы разрешения споров стали «полуформальными».

IV. «Полуформальное» правосудие в США

С началом экспансии идей о неформальном разрешении споров на основании соглашения в начале 1990-х гг. и широким признанием этих идей все ветви американской власти проявили активность. Как федеральные суды, так и суды штатов на-

¹ *Center for Court Innovation, 2011 Annual Report* (New York); Greg Berman, John Feinblatt, *Good Courts; The Case for Problem Solving Justice*, New Press, 2005.

² Roselle Wissler, *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences* // 26 *Ohio J. Disp. Res.* 271 (2011); Peter Robinson, *Judicial Settlement Conference Practices and Techniques* // 33 *American J. of Trial Advocacy* 113 (2009).

³ Phillip Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for the Malaise?* // 71 *Georgetown Law J.* 1 (1982); Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State* // 45 *UCLA L. Rev.* 1 (1997).

⁴ См.: Menkel-Meadow, Lela Love, Andrea Kupfer Schneider, Jean Sternlight, *Dispute Resolution: Beyond the Adversary Model*, 2nd ed., WoltersKluwer, 2011, ch. 12–13.

⁵ Deborah Hensler, *A Glass Half Full, a Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation* // 73 *Texas Law Review* 1587 (1995); Carrie Menkel-Meadow, *Ethics and the Settlement of Mass Torts: When the Rules Meet the Road* // 80 *Cornell L. Rev.* 1159 (1995).

⁶ Kenneth Feinberg, *What's A Life Worth? The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11*, Public Affairs, 2006.

чали предлагать, первоначально на добровольной основе, а затем и в обязательном порядке, программы медиативных процедур и третейских разбирательств при судах, которые позднее превратились в «оценку перспектив дела на ранней стадии» (процедура, в рамках которой адвокат по делу встречается с оплачиваемым или неоплачиваемым юристом для оценки требований, подготовки доказательств и их исследования, обмена информацией, обозначения условий мирового соглашения и получения неформальной оценки других обстоятельств дела). Некоторые прогрессивные судьи, например, Томас Ламброс из Огайо или Джек Ванштейн из Нью-Йорка, начали адаптировать частные способы урегулирования для публичного процесса. Ламброс был родоначальником техники «упрощенного судопроизводства с участием присяжных заседателей», в которой юристы (и свидетели) представляют краткую версию своего дела (как правило, в срок, не превышающий один день) присяжным заседателям для получения от них «совета», который используется в последующем при переговорах по делу. Данная практика, однако, подверглась критике за то, что затеняет публичную функцию присяжных заседателей¹, которые являются в суд для оценки фактов в рамках судебного разбирательства, а вместо этого используются для оказания помощи в частных переговорах. Упрощенное судопроизводство с участием присяжных часто использовалось в спорах, связанных с важностью установления фактических обстоятельств (категория так называемых асбестовых споров и другие дела по классовым искам) для того, чтобы обозначить вектор исследования относимых доказательств в формальных процедурах. В тех случаях, когда судьи постановляли использование данной процедуры в конкретных делах (например, спор о гражданских правах) против воли сторон спора, тяжущиеся начинали обжаловать в вышестоящий суд и процесс затягивался на несколько лет. Вопрос о праве вставал также в связи с тем, что оставалось невыясненным, допустим ли открытый доступ к делам, рассматриваемым с использованием данной процедуры, которая представляла собой гибридную форму переговоров, но проводилась в государственном суде².

Федеральный окружной судья Джек Ванштейн, использовавший, впрочем как и другие, формальные гражданско-процессуальные нормы, позволяющие прибегать к услугам судебного распорядителя, который организовывал исследование доказательств и их оценку в сложных делах (в пример также можно привести так называемые асбестовые дела и другие дела по классовым искам, такие как дело «Агент «Оранж»»³), впоследствии разрешил судебному распорядителю (таковым в настоящее время является, например, известный Кен Фейнберг) действовать в качестве медиатора, регулирующего спор, что шло вразрез с некоторыми его полномочиями как судьи⁴.

1980-е и 1990-е гг. были свидетелями внесения изменений в Федеральные правила гражданского процесса, которые позволили некоторые из вышеописанных процедур урегулирования споров (16-е правило было отредактировано

¹ Richard Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations* // 53 U. Chicago L. Rev. 366 (1986).

² *Cincinnati Gas & Elect. Co v. General Electric Co.*, 854 F. 2nd 900 (6th Cir. 1988)

³ Peter Schuck, *Agent Orange On Trial*, Harvard Press, 1988.

⁴ Jack Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Northwestern Press.

таким образом, что сделало переговоры по урегулированию неотъемлемой частью досудебного совещания и многие федеральные суды использовали норму 83 Федеральных правил гражданского процесса для создания локальных правил использования альтернативных способов разрешения споров в «программах при судах»¹). Федеральные суды в Нью-Йорке, Сан-Франциско, Бостоне и Вашингтоне были среди тех, кто раньше других начал исследовать разнообразные АСРС и требовать их использования². В настоящее время, в соответствии с федеральным законодательством, Актом реформирования гражданского правосудия 1990 г. (требующим от судов ввести пошлину и отсрочку по улучшающим программам), Актом улучшения правосудия и доступа к нему 1988 г. (разрешающим эксперименты с обязательным третейским судопроизводством в федеральных судах), Актом административных способов разрешения споров 1990 г. (допускающим использование переговоров для установления правил в административном процессе) и, наконец, Актом об альтернативных способах разрешения споров 1998 г. (требующим от судов ввести некоторые формы альтернативного разрешения споров и предоставляющий каждому окружному суду право избрать подходящие способы для его региона), практически каждый федеральный суд в США имеет некоторые формы альтернативных способов разрешения споров при судах. Указанные суды докладывают о статистике использования медиативных процедур, третейского судопроизводства и программ по урегулированию споров. Статистические отчеты, доступные в большинстве густонаселенных штатов (включая Нью-Йорк, Калифорнию, Техас и Мичиган), демонстрируют широкое использование несудебных форм разрешения споров при государственных судах, при этом консенсус по конфликту достигается в случаях от 305 до 70% в зависимости от конкретного суда. Фактически все федеральные апелляционные суды в настоящее время имеют формальные медиативные программы, в большинстве из которых задействован персонал, работающий на полную ставку, и лишь некоторые полагаются на добровольных медиаторов³ (автор настоящей статьи была медиатором в Апелляционном окружном суде Колумбийского округа).

Даже исполнительная ветвь власти США активно поощряла использование альтернативных способов разрешения споров. Во времена президентства Клинтона Генеральный прокурор Жанет Рено внедрила проведение занятий по медиации для себя и высшего персонала своего офиса (я проводила эти занятия), в результате которых отношение к альтернативным способам разрешения споров в офисе Генерального прокурора стало весьма почтительным и в настоящее время учреждена Программа по разрешению споров, выделяются средства для разрешения дел, в которых участвует федеральное правительство, изменились взгляды на участие федерального правительства в третейском разбирательстве и медиационных программах. Кроме того, Межведомственная рабочая группа по альтернативному разрешению споров, представляющая большинство федеральных институтов, начала проводить регулярные встречи для обсуждения программ по разрешению споров на уровне

¹ John Maull, *ADR in the Federal Courts: Would Uniformity be Better?* // 34 *Duquesne L. Rev.* 245 (1996).

² См., например, *N.D. California Rules of ADR*.

³ Shawn P. Davidson, *Privatization and Self-Determination in the Circuits: Utilizing the Private Sector Within the Evolving Framework of Federal Appellate Mediation* // 21 *Ohio J. of Disp. Res.* 1 (2006).

федерального правительства. В настоящее время многие правительственные службы обеспечивают исполнение так называемых «сопутствующих обязанностей», в рамках которых служащие одной государственной структуры действуют в качестве медиаторов или консультантов по разрешению споров для других государственных структур (таким образом обеспечивается беспристрастность и отсутствие конфликта интересов во внутренних делах). Программа присуждения наград, существующая на базе Армейского корпуса инженеров и Военно-морского флота, предусматривает введение несудебных средств разрешения споров, возникающих в ходе исполнения контрактов по обеспечению армии, а в последующем также для разрешения вопросов в зонах боевых действий¹. В дополнение следует отметить, что многие федеральные органы уже сейчас имеют программы по разрешению внутренних споров, включая разрешение таких внутренних конфликтов², как трудовые, и конфликтов, связанных с политикой службы, а также для разрешения споров с клиентами или потребителями услуг таких государственных служб (например, Агентство по защите окружающей среды, Комиссия по ценным бумагам и фондовым биржам, Национальный институт здравоохранения, Департамент энергетики и т.д.).

Подобное использование «неформальных» механизмов разрешения споров формальными государственными службами является одним из видов «полуформального» механизма урегулирования, который иногда предусмотрен на законодательном уровне, а иногда согласован посредством договора или в силу рекомендаций. Однако практика использования указанного механизма разрешения споров может измениться, как меняется вектор политической воли. В какой степени необходимы формальное регулирование процедуры разрешения споров, транспарентность и открытость, разрешение споров на основании закона, возможность апелляционного обжалования, медиационные процедуры и процедуры по урегулированию в практике использования данного вида «полуформального» правосудия? Действительно ли этот процесс основан на соглашении? И если на самом деле он носит обязательный характер, то каково его влияние на формальные суды? И наконец, встает вопрос о том, насколько описываемый процесс отвечает своим целям и задачам.

В середине 1990-х гг. федеральное правительство поддержало исследовательскую программу стоимостью в 5 млн дол. (проведенную *RAND Corp.*) для того, чтобы определить, действительно ли альтернативные способы разрешения споров в судах уменьшают стоимость и задержки судопроизводства. Результаты данной программы были противоречивы и запутанны. *RAND* пришла к выводу о том, что в действительности в судах, которые использовали медиативные процедуры, третейское судопроизводство, независимую оценку спорных ситуаций³, произошло несущественное уменьшение стоимости правосудия и его оперативности, однако проведенное исследование было подвергнуто критике за то, что его предметом являлось изучение движущейся цели. Многие суды, в которых проводилось исследование, меняли собственную политику для того, чтобы соответствовать происходящим за-

¹ Jeremy Joseph, *Mediation in War: Winning Hearts and Minds Using Mediated Condolence Payments* // 23 *Negotiation J.* 219 (2007).

² Howard Gadlin, *The Ombudsman — What's In a Name?* // 16 *Negotiation J.* 37 (2000).

³ James Kakalik, Terence Dunworth, Loral Hill, Daniel McCaffrey, Marian Oshiro, Nicholas Pace and Mary Vaiana, *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act*, RAND, 1996.

конодательным изменениям, упомянутым выше, которые осуществлялись во время проведения исследования. Суды в федеральной системе, которые были рассмотрены в исследовании как «сопоставимые» по критериям однородности дел и их количества, на самом деле существенно отличались друг от друга географически, культурно и по ряду других условий¹. В то же самое время, когда RAND проводила свое исследование, другая исследовательская работа, также профинансированная федеральным правительством, осуществлялась Федеральным судебным центром, который установил, что использование ряда альтернативных способов разрешения споров в судах действительно эффективно и уменьшает времязатраты и стоимость разрешения споров². Оба исследования установили положительное влияние альтернативных способов разрешения споров при разной исследовательской базе судов и используемых в них механизмах³. Таким образом, эффективность альтернативных способов разрешения споров в судах продолжает оставаться спорной и до сих пор обсуждается как практиками, так и учеными.

После того как правительство и суды внедрили более широкое использование неформальных процедур, в области частноправовых отношений также наметился рост использования «полуформальных» процессов. В ходе роста популярности альтернативных способов разрешения споров в 1980-х гг., основными подвижниками данных процедур являлись крупные американские корпорации, которые в 1979 г. учредили Общественный центр для продвижения использования медиации, третейского судопроизводства и других механизмов, основанных на соглашении сторон, в американском бизнесе. Коммерческий арбитраж всегда был распространенным способом разрешения споров среди субъектов одной отрасли хозяйства⁴, и в 1980 г. крупные корпорации при посредничестве Общественного центра подписали «обращение» для того, чтобы альтернативные способы разрешения споров стали основным процессуальным механизмом (как внутри одной отрасли, так и в межотраслевом масштабе). Вместе с тем не все участники предпринимательской деятельности были согласны с предпринятыми инициативами — многие корпорации продолжали использовать традиционное судопроизводство, Общественный центр продолжал использовать политические механизмы и частные фонды для того, чтобы развивать как традиционные «альтернативные» способы разрешения споров, так и новые, такие как «малый суд». Малый суд позволил частным компаниям (первое крупное дело *TRW vs. Telecredit*, связанное с нарушением патента) разрешать их споры в закрытом порядке (защищать конфиденциальность доказательств, коммерческие секреты, клиентскую

¹ Carrie Menkel-Meadow, *When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals* // 44 *UCLA L. Rev.* 1871 (1997); Elizabeth Plapinger, Donna Stienstra, *ADR and Settlement in the District Courts*, Federal Judicial Center, 1996; Craig McEwen, Elizabeth Plapinger, *RAND Report Points Way to Next Generation of ADR Research* // 10 *Dispute Resolution Magazine* (1997).

² Donna Stienstra, Molly Johnson, Patricia Lombard, Melissa Pecherski, *Report to the Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management: A Study of Five Demonstration Programs Established Under the Civil Justice Reform Act of 1990*, Federal Judicial Center, 1997.

³ E. Allan Lind, Robert MacCoun, Patricia Ebener, William Felstiner, Deborah Hensler, Judith Resnik and Tom Tyler, *The Perception of Justice: Tort Litigants' Views of Trial, Court-Annexed Arbitration and Judicial Settlement Conferences*, RAND, 1989.

⁴ См., например: Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry* // 21 *Journal of Legal Studies* 115 (1992).

базу, экспертные заключения), выбирать лиц, принимающих решение (третейских судей или способствующих медиаторов), и форму процесса (переговоры, медиация, опрос свидетелей), а также контролировать стоимость процесса и степень раскрытия доказательств. Малый суд широко использовался в крупных спорах в 1980–1990-х гг. наряду с продолжавшимся использованием государственных судов в делах, в которых крупные компании выступали ответчиками по искам потребителей или в делах по классовым искам в отношении ценных бумаг, спорах о массовом причинении вреда, потребительских и трудовых конфликтах.

Таким образом, альтернативные способы разрешения споров сочетались с публичным альтернативным разбирательством и тот или иной вид процесса избирался разными группами сторон спора. В целом многие суды позволяют использовать публичное судопроизводство несмотря на то, что стороны спора более склонны к использованию различных форм альтернативного разбирательства. Общественный центр, наряду с Американской арбитражной ассоциацией и другими провайдерами альтернативных процедур, создали формальные протоколы и «модельные правила и процедуры» для использования широкой индустрией – участниками нефтяной и газовой отраслей, строительной отрасли, отрасли здравоохранения, индустрией управления трудом, отраслью по использованию окружающей среды, фармацевтической и другими отраслями. В некоторых отраслях успех данных формальных протоколов и «модельных правил» был настолько велик, что обеспечивал абсолютно формальную процедуру разрешения споров, альтернативную публичной системе правосудия.

В дополнение к уже названным частным юрисдикционным органам, обслуживающим бизнес, в 1980-х гг. появились новые провайдеры различных способов разрешения споров. Центр третейского судопроизводства и медиации (известный в настоящее время как *JAMS*) был основан государственным судьей в отставке в Калифорнии и стал одним из основных поставщиков услуг по частному разрешению споров. В настоящее время им обслуживаются многие центры разрешения коммерческих споров в США, а также он составляет конкуренцию международным коммерческим арбитражам (Международной торгово-промышленной палате в Париже, Лондонскому третейскому суду) по спектру услуг по разрешению споров и медиации. Судьи в отставке и частные адвокаты в настоящее время увеличили свой доход на 5 000 дол. в день за услуги по частному разрешению споров. В международных частных спорах решения арбитражных (третейских) судов могут приводиться в исполнение в государствах, подписавших Нью-Йоркскую конвенцию ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений; на национальном уровне признание и приведение в исполнение решений иностранных арбитражей осуществляется в суде на основании Акта о федеральном арбитраже как если бы государственный суд выносил решение по делу (с ограниченным числом оснований для отмены арбитражного решения). Для сравнения допустимо отметить, что медиативные соглашения (соглашение об урегулировании спора, достигнутое в рамках медиативных процедур) в США обладают той же юридической силой, что и договоры, и для приведения их в исполнение необходимо обращаться в государственный суд. Данный пример необходим для того, чтобы подчеркнуть разницу между медиативным соглашением и решением третейского суда в США, при этом в некоторых странах (в частности, в Израиле) медиативные соглашения

обладают практически той же силой, что и решение третейского суда и приводятся в исполнение достаточно просто.

С появлением коммерческого арбитража как важной формы разрешения споров¹ между коммерческими организациями, крупными компаниями, круг которых варьируется и включает телекоммуникационные, медицинские, банковские, автомобильные, компьютерные, появились «обязательные» третейские процедуры для потребителей и работников, подвергавшиеся неоднократной критике и «нападениям» со стороны Верховного суда США². США, за редким исключением, в отличие от других государств допускает подобные формы разрешения частных споров, навязываемых посредством договорных условий и ограничивающих возможность обращения в публичные государственные суды. Даже иски о недобросовестности и других навязанных договорных условиях не принимаются во внимание в этом контексте. Таким образом, «неформальное» разрешение споров на основании договорных условий (зачастую навязанное договорными условиями, предложенными более сильной стороной отношений) стало «нормой» для многих видов конфликтов. Недавно одна гражданка-истца (бывший юрист) попыталась с помощью маленького требования в государственный суд обойти договорные ограничения, ориентирующие на третейское судопроизводство и ограничивающие классовые иски. Ее победа в этом деле в настоящее время находится на этапе апелляционного пересмотра по жалобе проигравшей стороны («Хонда»)³. Можно вспомнить большое количество попыток урегулировать частные потребительские трудовые споры, рассматриваемые третейскими судами (в том числе посредством неудачных попыток изменения федерального законодательства, Акта о добросовестности третейского судопроизводства, и запрещения обязательных досудебных третейских процедур в потребительских, трудовых и страховых спорах). Некоторым штатам (например, Калифорнии) удалось внести ряд защитных мер для потребителей (например, правила о конфликте интересов третейских судей) через изменение гражданско-процессуальных норм и другого законодательства штатов (которое в настоящее время во многом признано недействительным по причине того, что противоречит Федеральному акту о третейском судопроизводстве). Однако данные попытки «урегулировать» третейское судопроизводство с участием потребителей привели к возникновению тенденции в частном секторе третейского разрешения споров с участием потребителей и работников по подчинению процесса принципу «надлежащее обеспечение протокольных требований»⁴.

Помимо договорных способов установления «полуформальных» способов разрешения споров как промышленные, так и индивидуальные лица и малые сооб-

¹ Theodore Eisenberg, George Miller, *The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies* // 56 *DePaul L. Rev.* 3335 (2007) (отмечается, что многие крупные компании не используют арбитражные оговорки в контрактах друг с другом, хотя они часто вводят такие статьи в свои договоры с индивидуальными потребителями).

² См.: Jean Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?* // 57 *Stanford L. Rev.* 1631 (2005); см., например, *AT & T v. Concepcion*, 131 Sup Ct. 1740 (2011).

³ Jerry Hirsh, *Honda Civic Loses Unusual Small Claims Suit (to Heather Peters)* // Feb. 1, 2012, *Los Angeles Times*, Business, Section, 1.

⁴ См., например: *Employment Due Process Protocol*; JOHN DUNLOP AND ARNOLD ZACK, *Mediation and Arbitration of Employment Disputes*, Jossey Bass, 1997; CHRISTOPHER DRAHOZAL, SAMANTHA ZYONTZ, *Private Regulation of Consumer Arbitration* // <http://ssrn.com/abstract=1904545> (2011).

щества продолжили использование неформальных процедур в разных контекстах. Религиозные и этнические сообщества долгое время предлагали свои собственные суды, медиативные и третейские способы урегулирования внутри самих сообществ. Недавно внимание было обращено на то, что государственные суды должны оставаться последней стадией урегулирования, например в семейном праве, по делам о разводе или содержании супругов или детей, когда одна из сторон просит проконтролировать исполнение решения религиозного суда¹. Взаимодействие частных религиозных судов и доктрин об альтернативном разрешении споров стало правовым вопросом и обсуждалось рядом многонациональных стран – США, Канадой², Великобританией, Австралией (страны общего права) и Францией и другими государствами Азии и Европы. Недавно некоторые штаты в США (Оклахома, Аризона, Небраска) использовали «демократический» референдум и законодательный процесс для того, чтобы запретить «иностранное, международное право и право шариата» в судах штатов³. Многие другие штаты (Алабама, Техас, Южная Каролина, Вайоминг, Южная Дакота) пытаются то в одной, то в другой форме сделать то же самое. Большинство из нас в правовых академиях и многие, но не все, на судейской скамье считают, что эти законы являются неконституционными, однако они являются общественным отношением к использованию общесоциальными, религиозными и этническими группами их правил и норм разрешения споров. Религиозные суды или третейские или медиативные процедуры в семейных спорах широко используются иудеями⁴, христианами⁵, мусульманами⁶ и по большей части решения таких судов получают экзекватуру от государственных судов, рассмотревших их в порядке, установленном для признания третейских решений Федеральным актом о третейском судопроизводстве.

Отдельные сообщества также используют неформальные внесудебные процедуры (достижение консенсуса, совещательная демократическая публичная медиация⁷) для разрешения земельных споров, споров об окружающей среде, культурных и этнических конфликтов, споров по распределению бюджета и других проблем. Новый кадровый состав профессионалов, специально обученный для урегулирования сложных многосторонних споров, позволяет их разрешать посредством достижения соглашений⁸. Правовая проблема достаточно часто включает публичный орган,

¹ См., например: Michael A. Helfand, *Religious Arbitration and the New Multi-culturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders* // 86 *New York University L. Rev.* 1231 (2011); MICHAEL GROSSMAN, *Is This Arbitration? Religious Tribunals, Judicial Review and Due Process*, // 107 *Columbia L. Rev.* 169 (2007); CARYN LITT WOLFE, *Faith Based Arbitration: Friend or Foe?* // 75 *Fordham L. Rev.* 427 (2006).

² См.: Michael A. Helfand, *Religious Arbitration and the New Multi-culturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders* // 86 *New York University L. Rev.* 1231 (2011) at n. 30).

³ См. *Awad v. Ziriax* No. CIV-10-1186-M 2010 WL 4814077 (W.D. Oklahoma).

⁴ См., например, *Kingsbridge Ctr. Of Israel v. Turk*, 469 N.Y.S. 2d 732 (App. Div. 1983); *Kovacs v. Kovacs*, 633 A.2d 425 (Md. 1993).

⁵ Glenn Waddell, Judith Keegan, *Christian Conciliation: An Alternative to «Ordinary» ADR* // 29 *Cumb. L. Rev.* 583 (1999).

⁶ *Abd Alla v. Mourssi*, 680 N.W. 2d 569 (Minn. Ct. of App. 2004).

⁷ Susan Carpenter, W.L. Kennedy, *Managing Public Disputes: A Practical Guide for Professionals In Government, Business and Citizen Groups*, Jossey Bass, 2001.

⁸ Carrie Menkel-Meadow, *Getting to Let's Talk: Commentary on Collaborative Processes in Environmental Dispute Resolution* // 8 *Nevada Law J.* 835 (2008).

например, региональное агентство по зонированию или федеральное ресурсное агентство, чье согласие необходимо для одобрения соглашения, достигнутого в ходе частного разбирательства вне суда, законодательного или административного органа.

Таким образом, проблема, парадокс и вопрос в описанных «полужформальных» процедурах разрешения споров заключаются в соотношении частноправовых решений и результатов данных процедур с государственным принуждением, когда, например, одна из сторон требует распространить альтернативное разрешение споров из одного сектора на другой — на апелляционные процедуры, обжалование публичных государственных ценностей или на получение разрешения на исполнение частноправового решения или оспаривает вынесенное в ходе неформального правосудия решение.

V. Оценка справедливости в разнообразных процессуальных механизмах

Разрешение споров в США в настоящее время характеризуется различными направлениями, что я и другие называем «процессуальное многообразие». Стороны, в зависимости от своих экономических или правовых обстоятельств, могут зачастую выбрать между формальным правовым процессом и менее формальными формами разрешения споров. С другой стороны, некоторые участники могут вовсе не обладать возможностью выбора (например, «беспомощные» потребители и работники, от которых по условиям договора требуется согласиться на обязательный третейский порядок разрешения спора). По многим вопросам хорошо осведомленные участники спора могут перейти от одной формы его разрешения к другой — начать разбирательство в государственном суде и затем переключиться на санкционированный судом или самостоятельно избранный медиативный процесс, переговоры, третейское разбирательство, использование нейтральной третьей стороны для урегулирования конфликта. По другим делам участники спора могут выбрать неформальный способ его разрешения, а затем приводить в исполнение медиативное соглашение или соглашение по результатам переговоров или решения третейского суда в государственном суде (в виде запретительных мер или взыскания активов). Проходимый путь весьма многообразен. Вместе с тем тенденция развития альтернативных способов разрешения споров была направлена на упрощение доступа к правосудию, уменьшение зависимости от услуг юристов и других профессионалов, поиск истины по делу, однако неформальное правосудие стало более сложным с точки зрения как прогнозирования потенциального решения по делу, так и процессуальных расходов.

Предметная область спора об альтернативных способах защиты и судебного разбирательства в настоящее время привлекает как ученых-теоретиков, так и практикующих юристов, которые призывают вернуться в государственные суды и процессы для обеспечения большей открытости, одинаковых правил и процессуальных инструментов, а также для обеспечения возможности наблюдать как за процессом в целом, так и за его результатом; многие утверждают, что количество гражданских дел, разрешаемых в государственных судах, равное 2% от общего количества дел, — это ненормальное положение вещей в демократическом обществе, которое не позволяет создавать правовые прецеденты и обеспечивать справедливый процесс.

Ряд комментаторов, выступающих по данному вопросу, описывают неформальное или «полуформальное» правосудие посредством социальной метафоры — «невидимый костюм», которая означает, что для тех, кто не участвует в таком процессе, обстоятельства и детали его осуществления остаются неизвестны. Другие авторы, в числе которых и я, тем не менее предпочитают рассматривать процессуальный плюрализм как возможность сторонам спора осуществить выбор между видами процесса, избрать виды возможных решений (осуществить мену, создать новое решение, разделить обязательства по соглашению). Я всегда предпочитала обладать целым гардеробом, из которого могла выбрать подходящий костюм для того или иного события.

Да, я остаюсь приверженцем идей Лона Фуллера, согласно которым каждый вид процесса имеет свою собственную самобытность и цель, — определенная группа ценностей (конфиденциальность, обеспечение сохранности отношений между спорящими, разрешение целой группы вопросов при урегулировании одной проблемы), присущая определенной проблеме, может диктовать конкретный вид процесса (медиацию, например), который будет неподходящим для проблемы иного рода (например, при искоренении несправедливости в публичных институтах, например в образовательных учреждениях (дело *Brown v. Board of Education*). Таким образом, Лон Фуллер и ряд его сторонников считают, что как к самим видам процессуальных механизмов, так и к преследуемым целям необходимо относиться весьма беспристрастно. Попытки обозначить преимущества определенного вида процесса для определенных дел по сравнению с иными разновидностями процедурных механизмов не имели успеха в США (некоторые суды запретили использование альтернативных способов разрешения споров в конституционных делах, делах осужденных, ряде гражданских дел, делах, в которых стороны представляют сами себя (без представителя); другие же суды подобных запретов не устанавливали) частично оттого, что в руках умелых сторон, юристов, нейтральных участников практически любой неформальный или полуформальный процесс был более гибким, дешевым, быстрым, а также более продуктивным по сравнению с формальным процессом. Таким образом, эффективность процесса зачастую зависела от конкретных его участников, а не от самой процессуальной структуры. Идеи Лона Фуллера о правовой основе процессуального выбора в настоящее время используются при разрешении международных и транснациональных споров, в которых «формальный» механизм оказался еще менее эффективным¹. До настоящего времени остается полностью не раскрытым вопрос о том, что именно — процессуальная структура или конкретные персоналии² — определяют справедливость, честность и эффективность определенного процедурного механизма.

Несколько лет назад, когда я консультировала ряд крупных международных организаций, меня попросили сформулировать правило оценки «успешности» любой системы разрешения споров. Разрешение данной задачи было для меня

¹ Ralf Michaels, *A Fuller Concept of Law Beyond the State? Thoughts on Lon Fuller's Contributions to the Jurisprudence of Transnational Dispute Resolution* // 2 (2) *Journal of International Dispute Settlement* 417 (2011); Ralf Michaels, *A Fuller Concept of Law Beyond the State? Thoughts on Lon Fuller's Contributions to the Jurisprudence of Transnational Dispute Resolution* // 2 (2) *Journal of International Dispute Settlement* 417 (2011).

² Daniel Curran, James Sebenius, Michael Watkins, *Two Paths to Peace: Contrasting George Mitchell in Northern Ireland with Richard Holbrooke in Bosnia-Herzegovina* // 20 *Negotiation J.* 513 (2004).

поучительно, поскольку я обнаружил, что необходимы как количественные, так и качественные критерии оценки эффективности системы разрешения споров. Также я уяснила, что «критерии успешности» системы¹ разрешения споров могут отличаться от критериев оценки ее «справедливости» или «удовлетворительности», которые руководят сторонами спора и другими участниками процесса. Я сформулировала следующую группу критериев, переменных и факторов, используемых для оценки системы разрешения споров (представляющих собой как объективные, так и субъективные критерии), а также уяснила, что, наверное, ни одно исследование не сможет описать все критерии в исчерпывающем виде. Группы критериев:

Количественные или «объективные» критерии:

- количество конфликтов или споров в соответствующем «пространстве» (какие и сколько форм в формальных требованиях и жалобах);
- количество контактов или дел (в определенном процессе в сравнении с общим «пространством» возможных дел и сравнимых дел в ином виде процесса);
- количество вопросов;
- количество дел разрешенных/урегулированных/закрытых/рассмотренных («показатели результата»);
- количество дел, переданных в иной вид процесса;
- количество прекращенных дел;
- типы дел (категории внутри системы, например, содействие расширению трудоустройства, увольнение);
- количество сторон;
- типы соглашений, резолюций, результатов дел;
- время судопроизводства;
- стоимость рассмотрения дела — для обратившихся, третьих нейтральных участников, для системы;
- сравнение всех по возможности сравнимых дел в разных системах;
- сравнение доконфликтных программ по урегулированию (система рассмотрения жалоб, судопроизводство) и принудительных постконфликтных процедур;
- сравнение исполнимости соглашений, решений, приказов;
- продолжительность, длительность результатов дел;
- сравнение на временном промежутке подходов к разрешению дел, процессуального времени, типов дел и т.д.;
- демографические сведения о пользователях, третьих нейтральных сторонах и других сторонниках и профессионалах;
- изменения в использовании, результатах дел, решениях в зависимости от демографических данных и различные характеристики спорящих и третьих лиц, такие как, например, опыт и т.д.;
- осведомленность о наличии возможности избрать иной процесс (критерии положения).

Качественные или «субъективные» критерии:

- критерии по выбору определенного вида процесса;
- удовлетворенность клиента;

¹ См. 14 *Harvard Negotiation L. Rev.* (2009).

- улучшение отношений (в обществе после конфликта (например, в Руанде), например, в семье, на работе, в коммерческих отношениях);
- улучшение взаимосвязи;
- увеличение продуктивности труда работников;
- усвоенные навыки в результате разрешения конфликта, коммуникативные умения и навыки общения (способность к изменению и взаимному пониманию, а также понимание новых процессуальных механизмов, например, медиационных и иных процедур);
- «лучшие» результаты дел (более креативные, индивидуальные, глубоко обдуманные);
- наличие возможности контролировать исход дела;
- соответствие национальным, системным, семейным, трудовым, контрактным нормам и правилам;
- восприятие справедливости, честности и законности процедур;
- доверие при разрешении спора;
- разрешение системных вопросов;
- разрешение спора с учетом ценностей организации и институтов.

Однако указанный выше перечень критериев (независимо от того, исчерпывающий он или нет) не способен перечислить и соотнести критерии определения «справедливости» и критерии «эффективности», стороны спора не имеют возможности одновременно или последовательно избрать формальные, полуформальные и неформальные процедуры для того, чтобы определить, что для них лучше в конкретном деле. Думается, что если формальные виды процесса предоставляют возможность пересмотра по формальным правилам, неформальные виды процесса обеспечивают решения, согласованные сторонами, то в отношении полуформального процесса возникает наибольшее количество вопросов. Неформальный процесс – это тот процесс, который согласован сторонами, не так ли? «Полуформальный» процесс может быть предметом надзора со стороны государства (процесс при суде или использование в третейском разбирательстве определенных правил) или может быть более формальным через признание за государством права приводить в исполнение решения, однако зачастую все это отсутствует. Программы, существующие при судах не всегда реализуются государственными судьями или иными служащими. Частные соглашения, достигнутые в результате медиации или третейского разбирательства, как правило, недоступны лицам, не участвовавшим в деле. Те, кто избрал частноправовой процесс, даже если в нем присутствуют какие-либо формальные правила, не всегда может рассчитывать на возможность пересмотра вынесенных решений, в особенности в тех случаях, когда процесс является конфиденциальным. (Возможно это объясняет то, что многие международные организации по разрешению споров в настоящее время предлагают апелляционные программы, например, Апелляционный орган при Всемирной торговой организации, ИКСИД и т.д.¹) Действительно ли процессуальный плюрализм является хорошей идеей и как это определить?²

¹ См.: Alec Stone Sweet, *Arbitration and Judicialization* // 1(9) *Onati Socio-Legal Series* 1 (2011).

² Chris Guthrie, *Panacea or Pandora's Box? The Costs of Options in Negotiation* // 88 *Iowa L. Rev.* 601 (2003) – является ли розовое вино хорошим решением проблемы, когда одни гости, пришедшие на ужин предпочитают красное вино, а другие – белое?

Когда присутствует столь богатый выбор возможных вариантов, достаточно сложно выработать единый критерий, который бы отвечал идеям справедливости. Таким образом, в США в ближайшем будущем, возможно встанет вопрос о процедуре — формальной, полуформальной или неформальной. Возможно, в стране должна существовать возможность выбора отличных процедур, однако это порождает другой вопрос, ранее сформулированный Лоном Фуллером, — обладает ли каждый процессуальный механизм собственной самобытностью. Я бы не стала надевать спортивный костюм на пикник и не стала бы носить одежду для ванны в суде.

СЕКЦИЯ 2. ЦЕЛИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

Основной доклад

Проф. Алан Узелач (*Alan Uzelac*), член Правления Международной ассоциации процессуального права, Загребский университет (*Zagreb University*)

Национальные доклады

- Австрия: **Кристиан Коллер** (*Christian Koller*), Венский университет (*University of Vienna*)
- Бразилия: **Тереза Вамбьер** (*Teresa Wambier*), Папский католический университет Сан-Паулу (*Pontifical Catholic University of São Paulo*)
- Китай: **Фу Юлин** (*Fu Yulin*), Пекинский университет (*Peking University*)
- Китай (Гонконг): **Дэвид Чан** (*David Chan*), **Питер Чан** (*Peter Chan*), Городской университет Гонконга (*City University of Hong Kong*)
- Венгрия: **Миклош Кендьель** (*Miklós Kengyel*), Будапештский университет имени Андраши (*Andrassy University Budapest*)
- Италия: **Элизабетта Сильвестри** (*Elisabetta Silvestri*), Университет Павии (*University of Pavia*)
- Нидерланды: **Ван Ре** (*C.H. van Rhee*), Маастрихтский университет (*Maastricht University*)
- Норвегия: **Инге Лоранж Бакер** (*Inge Lorange Backer*), Университет Осло (*University of Oslo*)
- Россия: **Дмитрий Нохрин**, Конституционный Суд Российской Федерации
- США: **Ричард Маркус** (*Richard Marcus*), Калифорнийский университет (*University of California*)

Алан Узелач (*Alan Uzelac*)¹

ОСНОВНОЙ ДОКЛАД²

I. Введение

1. Этот общий доклад возник в результате процесса, начатого тогда, когда было решено, что на Конференции Международной ассоциации процессуального права (МАПП) (Москва, 2012 г.) будет пересмотрена одна из фундаментальных тем гражданского процесса — цели гражданского судопроизводства.

¹ Профессор университета Загреба (*Zagreb University*) (Хорватия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен Л. Бадыковым (РПА Минюста России).

В качестве руководства организаторы Конференции предложили только два общих вопроса:

- Чем отличаются цели судопроизводства в разных странах?
- Какова роль гражданского судопроизводства в современном мире?

2. Я согласился быть главным докладчиком на Коллоквиуме Пекс в сентябре 2010 г. Одна из моих главных обязанностей состояла в том, чтобы разработать вопросы, данные в качестве руководства, и найти докладчиков, которые захотят и смогут предоставить всестороннюю информацию о системах судопроизводства их государств. Это была достаточно сложная задача, поскольку сообщение о «роли гражданского судопроизводства в современном мире» требует глобального подхода. В то же время по организационным причинам было предложено привлечь не более шести докладчиков. После обмена мнениями с организаторами я получил разрешение немного увеличить число докладов, поэтому было заявлено 10 национальных докладов, представленных 12 докладчиками. Установление глобальных различий между национальными системами казалось невозможной задачей, однако мне повезло, так как я работал с хорошо осведомленными докладчиками почти из всех частей света, глубоко знающими проблему. Конечно, нельзя утверждать, что в докладах рассмотрены все значимые национальные системы гражданского судопроизводства, но по крайней мере в этом докладе представлены основные данные о Европе (Австрия, Бельгия, Хорватия, Франция, Германия, Венгрия, Италия, Нидерланды, Норвегия, Россия), Азии (Китай: КНР и Гонконг), Северной Америке (США) и Южной Америке (Бразилия). Можно даже утверждать, что в обзор включены обе страны с системой общего права (США, Гонконг) и страны с системой гражданского права (все остальные) и что представлены основные ветви юрисдикции гражданского права (романская и германская, скандинавская, латиноамериканская). В контексте темы этого доклада (а также места проведения конференции) важно отметить, что в докладах затрагиваются различия между идеологически разными странами (например, США и материковый Китай), а также они содержат материалы о странах, имеющих разные системы до и после определенного переходного периода (Венгрия, Россия, Хорватия¹). Юрисдикция затрагивает также различный уровень доверия гражданскому судопроизводству, который часто соответствует уровню его эффективности; достаточно отметить контраст между такими хорошо работающими системами, как в Норвегии или Нидерландах, и системами, имеющими некоторые недостатки, например, в Италии или Хорватии.

3. Некоторые докладчики передавали свои доклады экспертам других юрисдикций, чьи имена и должности указаны в опубликованном тексте национальных докладов. Я выражаю свою искреннюю благодарность всем докладчикам, а также другим коллегам, которые помогали работать над национальными докладами (и основным докладом).

4. Докладчики были приглашены на основе анкетного опроса, проведенного среди них в марте 2011 г.² Более того, несколько докладчиков встретились с глав-

¹ Официального доклада о Хорватии нет, но я включил некоторые ссылки на юрисдикцию моей родной страны для того, чтобы расширить возможности сравнения.

² Анкетный опрос для национальных докладчиков приведен в приложении 1 к данному основному докладу.

ным докладчиком во время Гейдельбергского конгресса в июле 2011 г., где были оговорены формат докладов и сроки их представления. Большинство докладов было представлено в черновом или окончательном варианте до конца 2011 г. Основной доклад был завершен в апреле 2012 г.

5. Структура основного доклада соответствует структуре анкетного опроса. Он начинается с главы об общем подходе и концептуальных мнениях о целях гражданского судопроизводства. Однако, поскольку идеология часто отличается от действительности, в последующих главах обсуждаются особые темы, которые могут помочь в объяснении цели судопроизводства:

- вопросы, которые относятся к гражданскому судопроизводству (в частности, ограничена ли цель гражданского судопроизводства тяжбой либо включает в себя и неспорные вопросы);

- равновесие между защитой частных прав и общественных интересов;

- равновесие между желанием достигнуть справедливых результатов («материальная истина») и потребностью гарантировать судебное разбирательство в течение определенного времени;

- до какой степени система гражданского судопроизводства считает своей целью обработку «сложных дел» в противоположность обычной обработке большинства случаев;

- признание/непризнание принципа пропорциональности;

- до какой степени гражданское судопроизводство рассматривает свою задачу как разрешение сложных, многосторонних вопросов;

- равновесие между строгим формализмом и желанием достигнуть объективных и справедливых результатов;

- приоритет подходов к гражданскому судопроизводству: решение проблем или обработка дела;

- до какой степени гражданское судопроизводство понимается как доступная общественная услуга — в противоположность полугомерческому источнику дохода для общественного бюджета;

- собственное понимание целей гражданского судопроизводства — ориентирование на пользователя (удовлетворение пожеланий общественности) или ориентирование на себя (соответствие критериям, установленным «посвященными лицами» — судьями, судами более высоких инстанций, адвокатами и т.д.).

II. Цели гражданского судопроизводства

6. Тема целей гражданского судопроизводства некоторым может показаться старой и избитой. В стандартных учебниках по гражданскому процессу этот вопрос, с избитыми формулировками или более или менее удачными попытками привнести новизну или свой индивидуальный стиль, освещается лишь формально в обязательном введении. Определение общих целей гражданского судопроизводства, по крайней мере в некоторых национальных правовых системах, не вызывает особого интереса среди юридического сообщества, которое сосредоточено скорее на прагматических и практических решениях, а также на управлении делами¹.

¹ См. Итальянский национальный доклад, абз. 1.

7. Все же большое количество представленных докладов показывает, что интерес к теме целей гражданского судопроизводства повышается и что ее детальное обсуждение или даже полное переосмысление может быть предварительным условием для успешных процессуальных реформ, — особенно если такие реформы должны быть глубокими, далеко идущими и эффективными. Самые успешные процессуальные реформы прошлого, от реформы Франца Кляйна в 1890-х гг. до реформ лорда Вульфа в 1990-х, внедрялись на основе глубокого понимания процессуальных целей гражданского судопроизводства — социальной функции (Кляйн) или важнейшей цели (Вульф). Сегодня цели гражданского судопроизводства обсуждаются и используются в качестве аргументов и контрдоводов в контексте многих юрисдикций. Докладчики продолжают концептуальное обсуждение, противопоставляя различное понимание целей гражданского судопроизводства, как, например, в Нидерландах¹, а также после реформы 2009 г. КНР в Гонконге². Даже в таких странах с системой общего права, как Соединенные Штаты Америки, где гражданское судопроизводство развилось структурно, а его основные принципы традиционно не были предметом научной работы, цели судопроизводства стали интересной темой, что продемонстрировано работами Дамаска, Скотта и др.³ Колеблющееся равновесие между противоположными целями возникло в результате многих важных изменений в процессуальном законе и практике, что может быть лучше всего проиллюстрировано на примере стран, которые подвергаются динамическим социальным изменениям, например материкового Китая, европейских стран с переходной экономикой, России и т.д. Как остроумно отмечено профессором Сильвестри, некоторые системы правосудия требуют радикальных реформ, но никакие радикальные реформы нельзя разработать без тщательного процесса определения того, какие цели должны или могут быть достигнуты⁴.

8. В нескольких национальных докладах было упомянуто, что общее согласие о целях (функциях, задачах, намерениях) гражданского процесса отсутствует. Действительно, может быть много форм выражения идей, на которых основано гражданское судопроизводство. Но поразительно то, что в конце всех этих докладов говорится о целях гражданского судопроизводства в удивительно схожих терминах. По сути же цели представляются как различие между двумя главными подходами, посредством чего любая данная система гражданского судопроизводства может быть определена как баланс (или дисбаланс), достигнутый между ними.

9. Две главные цели гражданского судопроизводства могут в самом широком смысле быть определены как:

- **разрешение индивидуальных споров** системой государственных судов; и
- **реализация социальных целей**, функций и стратегии.

В различных концептуальных работах эти цели называются по-разному. О первой цели часто говорилось как о цели урегулировать конфликты (урегулирование споров, решение конфликта). Вторую цель — реализация социальных целей — труднее обозначить однородно, поскольку социальная политика и функции, которые

¹ См. Нидерландский национальный доклад, абз. 3.

² См. Китайский (специальный административный район Гонконг) национальный доклад, абз. 2–5.

³ См. Американский национальный доклад, гл. III.

⁴ Итальянский национальный доклад, абз. 1.

должно осуществлять гражданское судопроизводство, могут быть довольно разнообразными и служить различным политическим или социальным идеологиям или парадигмам¹.

10. Эти две цели гражданского судопроизводства почти никогда не отделяются друг от друга. Но соотношение между ними может различаться и изменяться. Относительный вес и важность интересов людей в споре, а также степень и область вмешательства других лиц (включая государство и должностных лиц) для защиты индивидуальных (коллективных, социальных, политических, национальных, государственных и других) интересов могут очень различаться. Задачи гражданского судопроизводства или связанных с ним вопросов могут подвергаться влиянию той или другой цели в то время как, например, целью решения конфликта для гражданского судопроизводства будет только урегулирование спорных вопросов, цель социальной стратегии может оказать влияние на передачу юрисдикции гражданскому судопроизводству для других целей (от государственных регистров до принятия решения в неспорных вопросах) — см. разд. III настоящего доклада. Кроме того, внедрение социальных целей может быть важным на уровне системного проектирования, поскольку государство может способствовать или препятствовать применению гражданского судопроизводства (или его применению особым способом) для достижения других, внешних целей (т.е. частное осуществление прав общественного права, как в США; исправление несоответствующей деятельности правительства, как в Бразилии; или достижение социальной гармонии, как в Китае)². Чтобы объяснить противопоставление этих двух целей, может быть полезно вкратце описать противоположные точки зрения, которые могут служить идеальными типовыми моделями или ориентирами для представления текущей ситуации.

11. Необычайная сосредоточенность гражданского судопроизводства на цели урегулирования конфликтов была исторически связана с либеральными государствами XIX столетия. В самой чистой форме эта цель концентрируется только на осуществлении оспариваемых прав людей и видит функцию гражданского судопроизводства в обеспечении нейтрального суда, который находится в распоряжении истцов, не умеющих помочь себе самостоятельно. Как инструмент реактивного либерального государства, гражданское судопроизводство должно было оказывать свои услуги таким образом, чтобы обеспечить минимальное вмешательство. Так же как экономика воздерживается от вмешательства в сделки между частными сторонами, в гражданском судопроизводстве либеральная система предотвращает вмешательство в юридические сделки частного права, давая максимальные полномочия истцам. Также, поскольку владельцы в классическом либеральном государстве обладают абсолютной свободой распоряжаться своей собственностью, у истцов в судебном процессе по гражданскому делу есть абсолютная свобода распоряжаться своими требованиями и процессом в целом, они — *domini litis*, владельцы судебного процесса по гражданскому делу. Согласно принципу минимального вмешательства, роль государства и его должностных лиц — судей — ограничена

¹ В общем цели урегулирования конфликтов и социальная стратегия разработаны во все еще актуальной книге Мирьяна Дамаска «Лики правосудия и государственная власть» (Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986)..

² См.: Американский национальный доклад, Бразильский национальный доклад, Китайский национальный доклад.

ролью рефери, который пассивно наблюдает за взаимодействием сторон, соблюдением правил игры и только в конце (если это все же необходимо) вмешивается и принимает решение. Конечный результат в интересах завершения конфликта должен быть окончательным — *res iudicata* — но он касается только сторон (*facit ius inter partes*) и никого больше. С государственной точки зрения единственный системный интерес состоит в том, чтобы поддерживать минимальную стоимость своих услуг урегулирования конфликтов¹, при выполнении в то же самое время главной задачи — предотвращение частных сторон от обращения за помощью до принудительной помощи.

12. Противоположную точку зрения на равновесие между интересами человека и общими интересами можно найти в марксистском критическом анализе (частного) права. Фактически самый радикальный подход утверждает, что механизм решения конфликта государством путем вмешательства в интересы частных лиц (частная собственность, частные предприниматели) относится к буржуазной и антиобщественной сущности и от него нужно избавляться или по крайней мере его нужно коренным образом реконструировать. Как утверждал В.И. Ленин, «удобная» иллюзия о нейтралитете и объективности либеральной системы правосудия была неправильной. Он заявлял, что «все буржуазное право — это частное право», так как оно отражает капиталистическую, империалистическую, эксплуатационную систему правительства. При изменении этого представления любое право должно стать частным правом, т.е. гражданское судопроизводство (до такой степени, что временное становится обязательным) должно также стать инструментом экономической и социальной политики социалистического государства. Таким образом, функция регулирования конфликта в гражданском процессе в принципе не имеет особой ценности — она должна быть рассмотрена только в более широком контексте внедрения желаемых социальных и политических целей. Индивидуалистическим элементом нужно управлять и это управление вводить в функцию социальных (социалистических) целей и задач. И эта функция является даже чем-то большим, так как, будучи выражением априорных отрицательных пережитков частных прав и частной собственности, рассматривается как идеологически неблагонадежная. Поэтому в системе гражданского судопроизводства, основанного исключительно на стратегическом внедрении социальных целей, мы сталкиваемся с интересным соединением двух особенностей — полной изолированности гражданского судопроизводства и патерналистского государственного контроля индивидуальных истцов. Слабым полномочиям сторон в процессе теоретически можно было бы противопоставить сильные полномочия судьи. Но фактически государство должно было руководить частными действиями сторон и регулировать их для выгоды общества на разных уровнях (от местных до государственных, от низших до высших судебных инстанций и судей), осуществлять это с помощью большого количества официальных лиц (чаще всего государственных обвинителей) и в любое время (вне зависимости от того, является ли решение официально окончательным или нет). Таким образом, пассивные стороны в таком активистском государстве не были противопоставлены активным судьям. Судьи были довольно пассивны, ограничен-

¹ См.: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^d ed., Boston, 1986, § 21.1 (цитируется в Американском национальном докладе, абз. 7).

ные соблюдением политических инструкций (непосредственно либо через понятие «социалистическая законность») и управляемые и наблюдаемые на многих уровнях (включая политический контроль во время их назначения и периодического переизбрания). Таким образом, понятие гражданского судопроизводства, основанного на чрезвычайной цели стратегического внедрения, приводит скорее к общей пассивности и изолированности гражданского процесса, а не к гражданскому процессу, характеризующемуся всемогущим судьей и пассивными сторонами (как это иногда ошибочно понимается).

13. Все доклады, объединенные в настоящей секции, освещают системы гражданского судопроизводства, в которых их роль и социальная задача находятся между этими двумя крайностями. Ни одна из них не является абсолютной в том смысле, что ни одна из них не отрицает полностью цель решения конфликта или стратегическую цель гражданского судопроизводства. В некоторых докладах говорится о множестве целей, но, по моему мнению, все они тяготеют к первой или второй главной цели. Системное положение и относительная значимость первой или второй цели, конечно, различаются. Самый очевидный контраст возникает между юрисдикцией, которая вообще уклоняется от решения споров судами, как в материковом Китае, и юрисдикцией тех стран, которые, напротив, склонны использовать суды для решения частных вопросов, а также судопроизводством, например, США. Однако этот контраст может быть смягчен при более близком изучении. В то время как профессор Фу заявляет, что суды в Китае рассматриваются как инструмент продвижения политики и что судебная власть склонна приспособлять свои цели к удовлетворению политических потребностей¹, в анализе профессора Маркуса подразумевается, хотя несколько по-иному, что у гражданского судопроизводства в Америке есть ясная политическая цель² служить в качестве административных способов осуществления правовых норм. Широкое использование групповых исков и использование возмещения убытков в качестве карательных методов влияния или изменения поведения в более широком масштабе могут также служить примерами того, что американское гражданское судопроизводство далеко продвинулось от чистой модели решения конфликта либерального государства³.

14. В странах с системой гражданского права дуалистическая концепция⁴ целей гражданского процесса, т.е. концепция, признающая в качестве целей и урегулирование конфликтов и внедрение трансиндивидуальной стратегии, выражена другими терминами. В то время как цель решения конфликта часто обозначается так же (т.е. как применение независимых прав и обязательств, определение прав властью путем вынесения судебных решений, подлежащих принудительному исполнению, или решение споров между людьми и организациями в соответствии с законом), определение социальной цели не так однозначно. В нескольких докладах отмечена

¹ Китайский национальный доклад, абз. 1.

² Хорошая иллюстрация противоположных подходов решения конфликта — цитата Фисса, который утверждал, что социальная функция судебного процесса не должна сводиться только к решению частных споров (Американский национальный доклад, абз. 10).

³ По крайней мере из-за относительной незрелости схем групповых исков системы гражданского судопроизводства континентальной Европы и Латинской Америки могут быть больше отнесены к классической либеральной концепции, чем США.

⁴ Венгерский национальный доклад, абз. 1.

трансиндивидуальная функция гражданского судопроизводства с точки зрения **правопорядка**: «гражданское судопроизводство защищает правопорядок в целом» (Венгрия), «цель состоит в поддержке общественного строя» (Китай), «правопорядок устанавливается через гражданские процессы» (Австрия) или «цель гражданского процесса состоит в том, чтобы усилить законность, закон и правопорядок» (Россия). Некоторые формулировки более точно раскрывают содержание этой цели и описывают, в каких случаях она выходит за пределы индивидуальных интересов сторон. Профессор ван Ре говорит о двух особых целях – **демонстрация эффективности частного права и развитие и унифицированное применение частного права**¹. Эти два аспекта включают элемент общего предупреждения (основанного на том условии, что граждане будут с большей вероятностью действовать в соответствии с законом, если будут видеть, что он работает на практике) и элемент всеобщего признания и одобрения гражданского судопроизводства (основанного на том условии, что граждане будут с большей вероятностью выполнять свои обязанности, если будут видеть, что суды толкуют закон единообразно и благоразумно в свете социальных изменений и новых требований общества)². Не будет ошибкой утверждать, что эти два аспекта являются самыми общепринятыми и наименее спорными аспектами социальной стратегии, которая рассматривается как цель гражданского процесса. В узком смысле оба аспекта можно даже совместить с либеральным понятием целей гражданского судопроизводства как решения конфликта (если они рассматриваются исключительно с точки зрения эффективности и издержек).

15. В качестве дополнения к профилактической функции гражданского судопроизводства в некоторых докладах говорится о **воспитательной функции и задаче гражданского процесса**. Эта функция, например, отмечена в ст. 2 ГПК РФ³. Ее также отметил докладчик из Китая, с примечанием, что осуществить ее невозможно из-за простых и частых проблем в заключительных суждениях⁴. Воспитательная функция также часто упоминается докладчиками из бывших социалистических государств в контексте проявления политической идеологии. По этой причине эта функция сегодня редко упоминается докладчиками из других государств, особенно находящихся в (пост) переходном состоянии.

16. Другой признак цели гражданского судопроизводства внедрения социальной стратегии может быть найден в понятии **социализации гражданского судопроизводства**, понимаемой таким образом, что гражданское судопроизводство должно способствовать социальной справедливости и приблизить правосудие к потребностям общества в целом. Хотя об этом понятии сообщалось только в одном докладе с примечанием о том, что оно было распространено в 1970-х и в начале 1980-х гг. и что сегодня эту идею «с налетом ретро»⁵ нельзя полностью игнорировать. По крайней мере в континентальной Европе принято считать, что гражданские суды должны предоставить равные возможности обеим сторонам для защиты прав и представле-

¹ Нидерландский национальный доклад, абз. 2.

² Профилактическая функция также отмечена Россией как одна из «вспомогательных целей» гражданского процесса. Для Германии *Rechtsfortbildung* (развитие закона) признано одной из важных функций гражданского процесса.

³ См. Российский национальный доклад, абз. 4.

⁴ Китайский национальный доклад, абз. 31.

⁵ Итальянский национальный доклад, абз. 4.

ния интересов в процессе, что может привести к некоторым формам превентивного поведения судей для обеспечения равных возможностей более слабой стороне в процессе.

17. Ту же направленность имеет требование, чтобы гражданский процесс служил для достижения сложной социальной цели **социальной гармонии**. После недолгого периода упрочения позиций цели решения конфликта с 2000-х гг. это понятие снова стало развиваться в Китае¹. В контексте Китая акцентирование гармоничного развития общества объединено с передачей гражданских дел судебному посредничеству. «Общая цель социальной гармонизации» также отмечена среди целей гражданского судопроизводства в России². В России, а также в других бывших социалистических государствах Центральной Европы, таких как Венгрия или Хорватия, среди целей гражданского процесса отмечают другую ценность — поиски, утверждение и открытие **материальной/объективной/независимой истины**³. Согласно профессору Кендью, эта цель была главной целью гражданского процесса социалистического процессуального права⁴. Из национальных докладов видно, что эта цель сегодня становится все менее значимой. Однако установление в процессе истины оказывается среди целей гражданского процесса в Австрии, так как это признано ее высшей судебной инстанцией⁵. В немецкой процессуальной теории также отмечается значимость установления истины в гражданском процессе, но оно имеет инструментальную ценность, так как служит средством достижения соглашения между сторонами, а также является целью юридической достоверности⁶. Определение того, состоит ли цель гражданских процессов в установлении истины, может быть важным для понятия активной или пассивной судебной роли в процессах, но может также оказать влияние на их эффективность (или их недостатки).

18. Дискуссия о роли независимой истины (и независимого правосудия) также связана с общей оценкой роли **процессуального формализма** в достижении целей гражданского судопроизводства. В либеральной модели решения конфликта у самих процессуальных форм есть своя цель. Они являются не чем иным, как правилами игры, которые должны неукоснительно соблюдаться для гарантии справедливости результата. Однако кажется, что времена, когда процессуальный формализм был сам по себе целью, ушли далеко в прошлое. Даже в Германии, которая часто расценивается как оплот формализма, существует известная линия прецедентного права, возникшая из решения имперского верховного суда, согласно которому процесс не должен препятствовать осуществлению прав, и утверждающая: а *res iudicata* должно уступать главной цели гражданского судопроизводства достичь правосудия в отдельном случае⁷. Инструментальная функция гражданского

¹ Китайский национальный доклад, абз. 3.

² Российский национальный доклад, абз. 14.

³ См.: Венгерский национальный доклад, абз. 1; Российский национальный доклад, абз. 14; в Российском национальном докладе также упоминается общая цель поиска «социальной правды».

⁴ Венгерский национальный доклад, там же.

⁵ Австрийский национальный доклад, абз. 10. Однако тот же самый суд (*OGH*) соотносит эту цель с другими целями и отмечает, что поиски истины как таковой не оправдывают незаконное получение доказательств (см. там же).

⁶ Австрийский национальный доклад, абз. 5, ссылка на Брема.

⁷ Там же, абз. 9.

судопроизводства (или, как назвал ее Бентам, «несамостоятельная функция» процессуального права)¹ отвергает неотъемлемые ценности процесса, или по крайней мере заменяет их внешними целями, которые должны быть достигнуты через отправление правосудия. Но, хотя «чрезмерный формализм» сегодня отклоняется даже на конституционном уровне (через прецедентное право Европейского суда по правам человека)², нельзя утверждать, что все процессуальные формы априорно губительны и их нужно аннулировать (как это было в советской идеологии). Формализм способствует юридической уверенности и предсказуемости, и до такой степени его можно сравнить с концепциями умеренного стратегического внедрения социальных целей.

19. **Чистая эффективность**, т.е. способность разрешить как можно большее количество дел о гражданских правах и обязанностях в течение определенного времени, также появляется в контексте дискуссии о целях гражданского судопроизводства. Хотя функциональная и способная система гражданского судопроизводства, а не его цели, является его неперенным условием, серьезные проблемы с клиентурой и обеспечением соответствующего количества времени для решения вопросов гражданского судопроизводства привели к сосредоточенности только на одной цели — не дать системе развалиться, надеясь на уменьшение клиентуры и сокращение продолжительности процессов³. Обстановка в Италии, возможно, одна из самых драматических, но и многие другие системы гражданского судопроизводства, особенно в Юго-Восточной Европе, страдают от недостатков системы, связанных с тем, что любые процессуальные цели и их осуществление устремляются только в одном направлении — борьба с потоком новых дел и сокращение огромных списков нерешенных дел. Вопрос о том, можно ли это охарактеризовать как цель саму по себе или просто как признак и причину отсутствия каких-либо (других) целей, также может быть темой для обсуждения.

20. Частично по причинам, описанным в предыдущем абзаце, а также по нескольким другим причинам появилась довольно известная и эффективная тенденция переосмысления процессуальных целей. Это тенденция, в соответствии с которой делаются попытки улучшить эффективность судебного процесса по гражданскому делу, уменьшить расходы гражданского судопроизводства, которые несут налогоплательщики, или даже потребовать, чтобы система гражданского судопроизводства давала доход в государственный бюджет. Одно из проявлений этой тенденции выдвигает цель **пропорциональности**, или — согласно Д. Чану и П. Чану из Гонконга — концепцию справедливости, в соответствии с которой эффективность процесса так же важна, как правильность решения⁴. Такая эффективность требует, чтобы ограниченные общественные ресурсы системы правосудия были распределены справедливо и надлежащим образом, чтобы активное судебное социальное управление и желание упростить процесс обеспечивали экономию затрат и времени⁵.

¹ См.: Американский национальный доклад, абз. 7; Имперский верховный суд также говорил об инструментальной функции процессуального права (*dienende Funktion*) (см. Австрийский национальный доклад, абз. 9).

² См. более подробно ниже, абз. 55.

³ Итальянский национальный доклад.

⁴ Китайский (специальный административный район Гонконг) национальный доклад, абз. 3.

⁵ Там же, абз. 5.

Согласно «**трехмерному принципу справедливости**» Цукермана, современное гражданское судопроизводство не должно сосредоточиваться только на **точных и законных решениях**, но должно также учитывать **время** и затраты, необходимые для решения дела.

21. Но, в то время как «трехмерное понятие» в теории предусматривает строгое равновесие между несколькими факторами (социальная и индивидуальная важность судебного дела, ожидания и потребности общества и истцов, доступные ресурсы), осведомленность о стоимости может иметь приоритет в некоторых странах, руководимых в меньшей степени сознательными попытками улучшить эффективность, справедливость и качество слушаний и в большей степени внешними факторами, например общей политикой сокращения государственных средств и расходов на социальные услуги. По мнению профессора ван Ре, такая ситуация прослеживается в Нидерландах, где правительственная политика уменьшения расходов на гражданское судопроизводство привела к спорному плану увеличить расходы на суд и судебное посредничество, согласно все той же политике — политике сложных судебных процессов, которая является *ultimum remedium*, последним средством, если все другие попытки частных сторон решить спор терпят неудачу. Этот план привел к столкновению между правительством, с одной стороны, и адвокатами и учеными юристами — с другой по отношению к целям гражданского судопроизводства, когда правительство защищало модель решения конфликта, в то время как другая сторона выступала против реформ, ссылаясь на благоприятное общественное влияние судебного процесса на общественный порядок (так называемые положительные внешние эффекты)¹.

22. Изменение общего понятия целей гражданского судопроизводства в конкретных процессуальных проектах может быть лучше проиллюстрировано анализом того, как восприятие процессуальных целей влияет на различные актуальные проблемы современного процессуального права. О многих темах уже было заявлено в предыдущих абзацах. Поэтому в следующем кратком обзоре проблем речь пойдет о том, что не было охвачено выше.

III. Вопросы в рамках гражданского судопроизводства

23. Цели гражданского судопроизводства могут быть тесно связаны с областью его работы. Как было описано выше, цель решения конфликта во многих правовых системах рассматривается как основная цель гражданского судопроизводства. Однако интересно отметить, что дела по урегулированию споров, т.е. по **спорным вопросам**, для многих национальных систем гражданского судопроизводства составляют лишь незначительную часть от их общего количества². Очевидно, в большинстве неспорных (или **сверхдискуссионных**) дел³ стратегические цели выходят на передний план. Также отмечают, что в основном задачи судов на таких

¹ См. Нидерландский национальный доклад, абз. 6.

² Например, в Хорватии спорные вопросы составляют лишь 25% от количества ежегодных дел всех судов, в то время как остальная часть представлена делами о правоприменении, государственной регистрации и другими неспорными вопросами.

³ Они называются по-разному, что свидетельствует об отсутствии единообразия: *ex parte*, или неискковая юрисдикция; *jurisdiction gracieuse* (фр.), *Freiwillige Gerichtsbarkeit, Ausserstreitverfahren* (нем.) и т.д.

процессах являются по своей сути более или менее административными¹. Фактически в то время как общественный и культурный аспекты судебной работы связаны с судебным решением, в таких случаях, как предоставление данных экспертов из земельных кадастров, назначение опекунов или выдача платежных поручений при сборе налогов, на самом деле выносятся очень мало судебных решений. Использование судов в несудебных, административных целях также имеет существенные расхождения в национальных системах правосудия: все гражданские суды имеют дело с судебным решением, но вопрос о том, сколько других задач будет у судебной власти, зависит от политического выбора каждого государства. Как установлено универсальными стандартами надлежащей правовой процедуры и отмечено в ст. 10 Всеобщей декларации прав человека ООН и ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, остаточное право на оспариваемое дело, решаемое судами, не может быть произведено на стороне; но все другие вопросы и задачи зависят от самостоятельного и изменчивого решения государственных органов. Поскольку современные общества становятся все более сложными, редко можно встретить строгое и логическое дифференцирование, т.е. суды, которые имеют дело только с урегулированием споров, и государственное управление или местные органы власти, которые решают остальные дела. Поручение судебной власти других, основанных на различных мотивах и причинах, обязанностей, кажется, становится популярно во многих частях мира. Во многих странах все больше «внешних обязанностей» передается судам — от регулирования семейных отношений до контролирования выборов в местные органы власти².

24. Национальные доклады подтверждают эту версию. Ни одна из указанных юрисдикций не ограничивает свою систему гражданского судопроизводства ведением только «надлежащих судебных дел», т.е. спорных. Но относительная доля неспорных вопросов в работе гражданских судов различается в разных странах. Профессор ван Ре указывает на тот факт, что хотя нидерландские гражданские суды решают различные неспорные (административные) вопросы, в настоящее время они не играют главной роли в Нидерландах, как в юрисдикциях других стран³. По сравнению с Нидерландами доля неспорных вопросов больше в гражданском судопроизводстве Австрии и Германии. В Австрийском национальном докладе отмечены многочисленные неспорные вопросы и перечислены несколько категорий дел: вопросы, которые традиционно охватывают области гражданского права, требующие активного вмешательства судьи в интересах сторон, не имеющих возможности защищать свои интересы; вопросы управления землей и торговыми реестрами, попечительства, участков, картелей, банкротства, насильственного выполнения решений и т.д. Еще больше неспорных вопросов можно встретить в рамках итальянской судебной власти; в Итальянском национальном докладе говорится о большом количестве процессов, имеющих дело с неспорными случаями,

¹ См.: Нидерландский национальный доклад, абз. 9; Австрийский национальный доклад, абз. 13 (*Verwaltungstätigkeit im Bereich der Privatrechtsordnung*); Итальянский национальный доклад, абз. 7.

² В Австрии отмечают, что законодатель решил передавать все больше и больше дел неспорной юрисдикции, которые не удовлетворяют традиционным характеристикам неспорной юрисдикции, в эту юрисдикцию. Австрийский национальный доклад, абз. 11.

³ Нидерландский национальный доклад, абз. 10.

что регулируется итальянским Гражданским процессуальным кодексом и многими специальными уставами¹.

25. Является ли судебная власть лучшим органом для решения неспорных вопросов — это другой актуальный вопрос. В Бразильском национальном докладе профессор Вамбьер отмечает проблему качества, которое судебная власть правительства может обеспечить в неспорных вопросах («добровольные судопроизводства»), где «судья играет в основном административную роль». Основываясь на этих соображениях, некоторые процессы реформируются так, что больше не требуют вмешательства судьи. Эти реформы включают в себя передачу юрисдикции в таких вопросах, как полюбовный развод или исполнение завещания, другим юридическим профессионалам (таким как общественные нотариусы или регистраторы)².

26. Меняется ли оценка целей гражданского судопроизводства в зависимости от количества решаемых судами неспорных вопросов? Или это только усложняет и умножает цели? Профессор Сильвестри в своем докладе заявляет, что интенсивное вмешательство судов в решение неспорных вопросов подлежит сомнению и создает «многогранную головоломку» *giurisdizione volontaria* (особое производство в гражданском процессе)³. Легкость в использовании, ясность и эффективность — это лишь некоторые ценности, которые могут пострадать от соединения разнообразных задач, поставленных законодателем перед государственными судами⁴. Но для тех, кто пользуется услугами государственной системы правосудия, возможны худшие последствия, чем путаница. Судьи в качестве людей, обязанных приводить процессуальные нормы в исполнение, могут перепутать свои роли и цели особых типов процессов. Считается, что слушания по неспорным вопросам должны быть более простыми, быстрыми и менее формальными, чем «регулярные» процессы по спорным вопросам. Является ли это настоящим судебным делом и не отличаются ли эти дела ненужной формальностью и сложностью от модели процесса по спорным делам, — это вопросы, которые заслуживают внимания. Повышение степени формальности, напротив, может быть еще более пагубным: если большинство случаев в практике судебной работы является чистым отправлением правосудия, такой подход может отражать метод их действия в «надлежащих» судебных делах, которые требуют внимательного, благоразумного и профессионального судебного решения.

27. В то время как область рассматриваемых вопросов может влиять на восприятие целей гражданского процесса, его всеохватывающая цель может влиять на вопросы, рассматриваемые в рамках отдельных процессов. Самый очевидный пример — это Китай, где цель социальной гармонии налагает обязательство на все суды следить за тем, чтобы, вне зависимости от того, является ли дело спорным или неспорным, оно решалось полюбовно либо исключительным решением, которое должно быть добровольно подписано всеми участниками слушаний. Принимая во внимание, что в Европе главным продуктом гражданского судопроизводства все еще является судебное решение (производство имеющего исковую силу права),

¹ Итальянский национальный доклад, абз. 6.

² Бразильский национальный доклад, абз. 5–6.

³ Итальянский национальный доклад.

⁴ Обязательство судей наблюдать за парламентскими выборами и выборами в местные органы власти существует, например, в Бельгии и Хорватии (см. Доклад о Нидерландах — ссылка на Б. Аллемерса в абз. 10.)

главные продукты гражданского судопроизводства в Китае — это примирение и промежуточное урегулирование¹. Однако в последнее время некоторое сходство можно найти. В то время как посредничество становится более желательным и распространенным на европейском уровне, реформы гражданского процесса в Китае, проводимые с 1990-х гг., предоставляют больше пространства для классического судебного решения, хотя западные процессы «передачи» все еще рассматриваются как нечто странное².

IV. Защита индивидуальных прав или защита интересов общества

28. Общие аспекты противоречий между подходом к гражданскому судопроизводству, сосредоточенному на защите индивидуальных прав, и противоположным подходом к гражданскому судопроизводству как части механизма внедрения стратегии, направленной на защиту общественных интересов, обсуждались выше, в разд. II. Проблемы, которые будут рассмотрены здесь, связаны с точным балансом двух противоположных задач, а также особыми формами их преследования.

29. Первая проблема может быть рассмотрена как связующее звено между задачами, возложенными на гражданское судопроизводство, и целями процесса. Заметные отклонения в американском гражданском судопроизводстве являются хорошим примером судебной системы, в которой цель защиты индивидуальных прав расширилась до цели защиты общественных интересов. Как сообщает профессор Маркус, цели американского гражданского судопроизводства часто находятся вне контекста решения двустороннего спора. Американское гражданское судопроизводство выполняет не только административные задачи, оно заменяет государственное управление — суть системы общего права предполагает, что сами суды через частный судебный процесс развивают и осуществляют те формы правовой защиты, которые обычно принимаются законодательными и административными действиями в других правовых системах³. Есть определенное сходство с европейским судопроизводством в отношении передачи судам главных административных задач и обязанностей, но оно поверхностное. Таким образом, в то время как в Европе этот процесс рассматривается как бюрократизация государственных судов, в США можно говорить о правовом характере вопросов, рассматриваемых государственными чиновниками. Не только частный судебный процесс является хорошей заменой правительственного правоприменения, законные и правовые

¹ См. Китайский национальный доклад, абз. 4—5. Как отмечает профессор Фу, цель социальной гармонии подчеркивается процедурой правоприменения, где достижение соглашения стало почти нормой (обычно достигается через суд).

² Хорошим примером из Китайского национального доклада является введение системы накопления платежных поручений (настоячиво требуемых) неоспоримых долгов, для которых цель защиты прав состоит в том, чтобы «глубоко укорениться». Склонность к посредническим решениям дает широкие возможности уклониться от уплаты, что приводит к неэффективному процессу, который в настоящее время «составляет не больше 1% гражданских дел первой инстанции в Китае. Китайский национальный доклад, абз. 6.

³ Американский национальный доклад, абз. 18—19.

методы, с помощью которых американские суды рассматривают массовые иски, коллективные действия и классовые судебные процессы являются убедительным доказательством этой замены (больше о многосторонних судебных процессах см. ниже, в разд. VIII).

30. (Северо-)американская ситуация в некоторых аспектах может быть исключительной, но ее общий подход является не единственным. В Бразильском национальном докладе также описывается «правовой характер политики» в Бразилии. Судебная ветвь правительства Бразилии имеет больше власти для вмешательства в деятельность правительства и контролирует общественное управление¹.

31. В тех случаях, когда законодательство возлагает на суды внедрение предписаний закона, что выражает некоторую общественную политику, суды теоретически должны точно следовать государственной политике и защищать спорные интересы общества. Элементы общественных интересов нашли отражение в некоторых областях, например, семейном праве. Тем не менее, поскольку некоторые вопросы в этих областях являются поводом для общественных дискуссий, юридическое внедрение государственной политики может принять собственное направление. Как отмечает профессор Сильвестри, в Италии иногда случается, что суды выступают против той политики, которую они должны внедрять².

32. Совершенно невероятно, что подобное может произойти в Китае, где в контексте социалистического общества, основанного на государственной собственности, осознание защиты общественных интересов пронизывает все гражданское судопроизводство³. Таким образом, китайские судьи имеют огромную свободу действий и вмешиваются в решения по делу сторон и их частных прав в общественных интересах. Суды должны контролировать, не нарушают ли действия сторон в гражданском деле интересы государства, социальные или общественные интересы или интересы третьих сторон⁴. По крайней мере теоретически суды обладают широкими полномочиями: если, по их мнению, затронут общественный интерес, они могут отказать истцу в праве отозвать иск; могут проконтролировать решения судов независимо от апелляций сторон; могут отказать привести в исполнение арбитражное решение и т.д.⁵ Внесудебные воздействия, вызванные местными интересами или мнениями руководящей элиты, происходят чаще неофициально, чем официально, например, по телефонному звонку от государственного чиновника в суд, путем «массового заполнения административных петиций против суда, осады в Интернете» и т.д.⁶ У судов есть специальные закрытые комитеты, которые обсуждают дела, а их протоколы могут получить только те, кто имеет право наблюдать за судами, но не стороны и не общественность.

33. Российский подход к роли общественных интересов в гражданском процессе тесно связан с «равновесием между частными и общественными правами

¹ Бразильский национальный доклад, абз. 11–12.

² Итальянский национальный доклад, абз. 9, ссылка на дело Элуаны Энгларо, девушки, которая в 1992 г. перешла полностью в растительное состояние, и ее отца, который подал в суд иск с просьбой отключить ее от системы жизнеобеспечения.

³ Китайский национальный доклад, абз. 7.

⁴ Там же, абз. 8.

⁵ Там же. Профессор Фу, однако, отмечает, что эти меры на практике применяются редко.

⁶ Там же, абз. 10.

и интересами»¹. Тем не менее некоторые недавние случаи демонстрируют динамичное развитие, а также противоречие между двумя целями — защитой частных прав и общественных интересов. В некоторых случаях общественные интересы играют главную роль в форме защиты интересов государственной собственности²; в других — на них ссылаются различные российские суды, когда, например, запрещают (по «соображениям общественной морали») гей-парады³. Как отмечает Д. Нохрин, это объясняется концептуальной позицией России, согласно которой «гомосексуалисты в России не подвергаются никакой дискриминации, потому что российское законодательство не признает сексуальную ориентацию как значимое обстоятельство»⁴.

34. Европейские и американские системы гражданского судопроизводства вообще отрицают, что в основных вопросах, рассматриваемых судами, такие внесудебные воздействия или политические соображения играют важную роль⁵. В западных системах гражданского судопроизводства до определенной степени наличие общественного интереса в деятельности гражданского судопроизводства обратно пропорционально доле переданных судам вопросов несудебной (административной) природы⁶. Неспорные вопросы часто мотивируются общественным интересом. Например, у управления судами общественных регистров есть мотив охранять правовую безопасность в отношении передачи земель и недвижимого имущества⁷. Напротив, в обычных двусторонних процессах гражданского права согласно доктрине судебной независимости решения и действия суда отделяются от связанных со стратегией соображений. Суды должны применять соответствующие нормы к фактам, доказанным на процессе, не ограниченным никакой политикой или национальным интересом, которые могли бы повлиять на их решение⁸. Общественный интерес играет важную роль в обычных процессах только по тем вопросам, которые превышают интересы индивидуальных истцов, например в случаях, где затронуты интересы детей или людей с ограниченными умственными способностями. К той же категории относятся также трудовые и жилищные дела; дела, касающиеся охраны окружающей среды или защиты потребителей; антимонопольные дела и т.д. В последних двух случаях трансиндивидуальные и сверхиндивидуальные интересы часто сочетаются со специальными видами процессов, например, коллективными или представительными действиями (см. более подробно ниже, в гл. VIII).

35. Несмотря на западный идеологический отказ от идеи, состоящей в том, что гражданские суды должны при решении вопросов частного права служить непосредственно социальным, национальным или правительственным целям, многие

¹ Российский национальный доклад, абз. 24.

² Там же, абз. 25–26.

³ Там же, абз. 27–28.

⁴ Там же, абз. 29. Решения по этим делам приводят к нарушению прав человека на мирное собрание, а также нарушению права на эффективное средство судебной защиты и защиты от дискриминации (ст. 11, 13 и 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). См. *Alekseyev v. Russia*, ECtHR app. nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, judgment of 21 October 2010.

⁵ Некоторые особенности американской системы, например возможность присудить выплату компенсации, показывают большую склонность использовать отдельные дела для общих целей изменяющегося поведения в большем сегменте общества.

⁶ О подобных вопросах см. выше, гл. III.

⁷ Австрийский национальный доклад, абз. 16.

⁸ Там же, абз. 19. См. также Нидерландский национальный доклад, абз. 11.

европейские и неевропейские страны считают, что суды проявляют более активную роль в процессе и участвуют во многих вопросах по собственной инициативе, даже против желания сторон. Например, во Франции, Австрии, Германии, Нидерландах и многих других юрисдикциях Европейского континента судьи должны применять соответствующее процессуальное и материальное право в «силу занимаемой должности» при отправлении правосудия¹. Многие страны также предоставляют судьям право (и обязанность) для исследования фактов «в силу занимаемой должности» (см. ниже, разд. V).

36. Одна из целей, связанная с защитой общественных интересов, играет, однако, важную роль почти во всех современных системах гражданского судопроизводства. Эта цель, хотя и основана на стратегии, может быть определена как неотъемлемая цель гражданского судопроизводства — цель эффективного и справедливого отправления правосудия. В Англии и Гонконге эта цель определена как доминирующая/основная цель, которая находится в центре недавних реформ гражданского судопроизводства². Гражданское судопроизводство как важная общественная услуга должно быть «эффективным, целесообразным и справедливым»³. Активное управление делами и, в случае необходимости, действия судьи «по должности» должны обеспечивать быстрые, рациональные и недорогие слушания, определенную продолжительность процесса и предотвращение оскорбляющих и задерживающих действий сторон. Интересную новую разработку в этом направлении можно наблюдать в недавних реформах и появившемся в результате этого прецедентном праве в Гонконге, где суды теперь могут (и будут) исключать иски в случае чрезмерной задержки⁴. По сравнению с этим системы гражданского судопроизводства европейских социалистических и постсоциалистических стран, формально поддерживая активную роль судьи и значимость (внешнего) общественного интереса, в области надлежащих процессуальных ценностей обычно выглядят довольно слабыми и пассивными. Недостаточное управление делами и временем и вытекающая из этого неэффективность часто подтверждаются данными о недостатках системы и нарушениями права подать судебный иск в течение соответствующего времени в Европейский суд по правам человека.

37. В отношении дел с элементами общественного интереса можно задать вопрос о том, кто должен придавать им законную силу. Является ли это (только) задачей судей, некоторых других участников или внутренних/внешних заинтересованных лиц? Приблизительно в половине описанных правовых систем важный сторонний орган, который может принимать участие в гражданских процессах или вмешиваться в них, — это государственный обвинитель (прокурор, общественный представитель,

¹ Нидерландский национальный доклад (также подтверждается Ф. Ферраном в отношении Франции).

² Китайский (специальный административный район Гонконг) национальный доклад, абз. 5, 11, 15.

³ A. Zuckerman, *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation* // *City University of Hong Kong L. Rev.*, 2009, vol. 1 (1), p. 49–71, at 54.

⁴ См. *Nanjing Iron & Steel Group International Trade Co Ltd and others v. STX Pan Ocean Co Ltd and others*, HCAJ 177/2006. Дело было прекращено, потому что истец не принимал никаких мер в деле в течение двух лет, объясняя это тем, что «при отсутствии неопровержимого довода гарантия того, что дело будет рассмотрено так быстро, противоречит... цели... а позволить стороне не принимать никаких действий в течение двух лет с начала дела... не является оправданием за такую длинную задержку» (Там же. С. 13).

поверенный). Название должности может различаться, но функция вмешательства со стороны трансиндивидуальных интересов остается той же. Область и размах обвинительного вмешательства также различаются. В Китае они могут постоянно контролировать суды и оспаривать их суждения (даже те, которые уже вступили в силу)¹. В России вмешательство принимает двойную форму: обвинитель либо может начать затрагивающий общественный интерес процесс как истец; либо может появиться как полунейтральный эксперт по законности для обеспечения «беспристрастности» решений суда². Подобная ситуация существует также во Франции и Нидерландах, где органы государственной власти не могут начать различные процессы (например, по аннулированию браков), но могут давать консультативные заключения (*решения*). На уровне высшей судебной инстанции совещательные мнения представляют генеральный прокурор и генеральные адвокаты (*avocats généraux*) в Верховном Суде (*Cour de cassation*)³. Поверенный в высшей судебной инстанции может оспорить окончательные и обязательные приговоры в интересах закона, но во Франции и Голландии эти решения являются образцовыми и не затрагивают права и обязанности заявителя⁴. У немецкой и австрийской системы, с другой стороны, нет соответствующего органа с широкими полномочиями, хотя некоторые незначительные формы вмешательства обвинения там также существуют. Например, прокурор в Австрии имеет право начать процесс аннулирования брака; главный прокурор по финансам, *Finanzprokurator*, может вмешаться в целях защиты общественного интереса⁵. В Германии отказались от полномочий прокуроров вмешиваться в гражданские процессы, и в нескольких постсоциалистических странах все идет в том же направлении (например, в странах — приемниках бывшей Югославии)⁶.

38. Защита общественного интереса играет особую роль в многосторонних процессах, о других формах коллективного процесса см. ниже, гл. VIII.

V. Правильное установление фактов дела или потребность обеспечить эффективную защиту прав в пределах определенного времени

39. Современные системы гражданского судопроизводства значительно различаются в зависимости от их отношения к независимой истине как цели гражданского

¹ Полномочия поверенных в Китае были недавно увеличены и дополнены. См. Китайский национальный доклад, абз. 13–14.

² Обе противоречивые функции обвинителя в России говорят о проблемах справедливости слушаний (см. Российский национальный доклад, абз. 35); подобные соображения в странах с переходной экономикой привели к реформе и/или отказу от вмешательства обвинения в гражданские дела.

³ Нидерландский национальный доклад, абз. 12.

⁴ Наоборот, в социалистических странах, которые знали о том, что обвинение может оспаривать окончательные приговоры, результатом успешного оспаривания была отмена приговора с воздействием на стороны процесса.

⁵ Доклад об Австрии, абз. 22. Очевидно, более широкие полномочия государственного прокурора по финансам на практике были ограничены прецедентным правом *OGH*.

⁶ Например, в Хорватии полномочия прокурора оспаривать окончательные решения (так называемый *запрос о защите законности*) были отменены в 2003 г., так же, как стороннее вмешательство прокурора. Единственная оставшаяся у прокурора функция состоит в том, что он может начать некоторые процессы, связанные с общественным интересом. На практике это происходит нечасто и только при особой значимости процесса.

процесса. Естественно, точное установление фактов на процессе всегда признается важной целью. В конце XIX столетия Франц Кляйн хотел сформировать модель гражданского процесса, в котором установление независимой истины и применение эффективного управления делами были бы двумя не исключаящими друг друга целями. Все же в ходе истории было доказано, что в крайних случаях идеологическое требование объективной (или даже абсолютной) истины могло затмить остальные цели процесса. Согласно советской доктрине считалось, что принцип материальной истины включен в принцип (социалистической) законности¹. Потребность установить «материальную истину» была идеологическим оправданием «отеческого надзора» через отчеты высших судебных инстанций и прокуратуры². Эти же предпосылки обусловили то, что в социалистический период нахождение истины было также во главе всех процессуальных ценностей в Венгрии. Поиск истины входил в обязанность судьи, который должен был активно наблюдать за сторонами и их намерениями. Дух отеческой инквизиции оправдывался сомнением в свободе личности и подозрительным отношением к частной инициативе³.

40. В 1990-е гг. в качестве обратной реакции новый подход к роли истины в гражданских процессах возник во многих бывших социалистических странах. В Венгрии, например, поиск истины исключался из процессуальных принципов, содержащихся в процессуальных кодексах. Это поддерживалось решением Конституционного суда Венгрии о том, что к раскрытию материальной истины не было никаких конституционных гарантий⁴. Следовательно, в новом венгерском ГПК честность процессов (принятие справедливых решений, основанное на принципе представления сторон и праве на выступления) заменила раскрытие истины как главную цель процесса⁵. Тем не менее в недавние времена в связи с исключительной концентрацией на ускорении процессов сложилось критическое мнение о том, что скорость ухудшает точность результатов. Это мнение может привести к (умеренному) восстановлению ценности поиска правды в процессе⁶. «Изменение парадигмы» также произошло в России, где многие ученые выступают в защиту понятия «формальная истина»⁷.

41. В то время как дебаты о месте объективной/абсолютной истины в гражданском процессе часто имели идеологические предпосылки и контекст, сегодня более важные проблемы связаны с правами и обязанностями судей, участвующих в рассмотрении дела. Одна проблема состоит в том, могут ли судьи принимать доказательства в силу занимаемой должности. Другая проблема состоит в том, есть ли у судей обязанность активно стимулировать стороны к действиям по установлению фактов и к даче свидетельских показаний. Если у судей есть обязанность руководить сторонами, советовать им и стимулировать их к представлению всех процессуальных материалов правдиво

¹ Российский национальный доклад, абз. 36. В соответствии со ст. 14 ГПК РСФСР 1964 г. судья обязан принимать все меры для полного и объективного расследования реальных обстоятельств дела независимо от желания сторон.

² Там же.

³ См.: Uzelac, *Istina u sudskom postupku*, Zagreb, 1992.

⁴ См. Венгерский национальный доклад, абз. 9.

⁵ Там же, абз. 10.

⁶ Там же, абз. 12–14.

⁷ Российский национальный доклад, абз. 37.

и понятно¹, мы можем задаться вопросом о последствиях или возможных ошибках при этом. Описание систем Австрии и Германии может свидетельствовать о том, что быстрые и справедливые гражданские процессы несопоставимы с активным судебным вмешательством в процесс принятия доказательств. С другой стороны, в некоторых постсоциалистических юрисдикциях, например в Хорватии, определенные надежды на то, что суд (а не стороны) будет активно изучать факты и обеспечивать доказательства, привели к некоторым аномалиям в системе: от пассивного и неправомочного поведения сторон к продолжительным и рассредоточенным процессам («поэтапный судебный процесс») и к практике последовательного перечисления решений, основанного на том аргументе, что суд должен «лучше стараться» и продолжать расследовать то, что произошло на самом деле (даже если стороны активно не способствовали прояснению оспариваемых фактов)².

42. Проблема как таковая исчезает в системах общего права, которые касаются «юридической, а не материальной истины»³. Разъяснение всех спорных фактов в системах общего права рассматривается как более или менее исключительное обязательство сторон. Начиная с реформ Вульфа, тенденция состоит не только в том, чтобы обременить стороны накоплением фактов, но также в том, чтобы заставить стороны собирать, представлять и проверять свой процессуальный материал на самом раннем этапе процесса («концентрация усилий по сбору фактов на начало процесса»)⁴.

VII. Сбалансированность дела и процесса

43. Особенность аксиологии гражданского процесса зависит от дел, которые можно считать типичными для национальной системы гражданского судопроизводства. Но дела редко бывают однородными: большинство национальных судебных властей решает «маленькие» и «большие», сложные и обычные, уникальные и повторяющиеся дела. В этом контексте возникают две проблемы: во-первых, являются ли некоторые дела для той или иной системы «типичными»; и, во-вторых, действительно ли цели и методы их решения в каждой системе подходят к различным рассматриваемым делам. Национальные докладчики были приглашены, чтобы прокомментировать, являются ли цели гражданского судопроизводства более или менее подходящими для решения «сложных дел» (трудных правовых вопросов, которые вызывают новые вопросы о праве и факте), или они подходят для обработки массы обычных, повторяющихся дел, а также то, какова сбалансированность методов обработки дел и их социальной значимости. Проблемы, которые были здесь затронуты, также связаны с применением фильтрующих механизмов и упрощенного производства к обработке мелких исков. Конкретные процессы,

¹ См. Австрийский национальный доклад, абз. 23, о ситуации в Австрии и Германии.

² Один иностранный обозреватель деятельности хорватских судов соглашался с тем, что обычный подход к апелляционным судам в гражданских процессах «не оставляет камня на камне». Практика последовательных перечислений решений часто оказывалась среди «недостатков системы» гражданского судопроизводства в Хорватии, Словении, Болгарии, Украине, Румынии и России. См.: A. Grgic, *The Length of Civil Proceedings in Croatia — Main Causes of Delay* // Uzelac, Van Rhee, *Public and Private Justice. Dispute Resolution in Modern Societies*, Antwerpen etc., 2007, p. 153–173, at 158.

³ Китайский (специальный административный район Гонконг) национальный доклад, абз. 19.

⁴ Там же, абз. 20.

связанные с обработкой судом коллективных, диффузных и групповых интересов, рассматриваются отдельно в гл. VIII.

44. Ясный ответ на вопрос «о сложных делах» и их обработке в Китае дает профессор Фу: суды не приветствуют сложные дела и часто отказываются от них в начальной стадии процесса¹. Это, по-видимому, не является исключительно китайской чертой. Прямой ответ на вопрос о целях процесса также дает Элизабета Сильвестри: «в настоящее время итальянское гражданское судопроизводство обрабатывает гораздо больше обычных дел, чем «сложных»». Она также указывает на относительность понятия «сложное дело», а именно дисфункциональная правовая система, плохо составленное законодательство и неспособность системы обрабатывать ежедневно определенное количество дел могут привести к тому, что дела, которые раньше рассматривались как регулярные и простые, сейчас выглядят как неразрешимая загадка². Но также о большинстве других систем гражданского права можно сказать, что они склонны концентрироваться на разрешении большого количества средних и маленьких дел, а не на образцовом решении отдельных социально значимых дел. Можно сказать, и это относится не только к Италии, что цель системы состоит, во-первых, в том, чтобы справиться с новым притоком вопросов, и только во-вторых, чтобы осуществить высококачественное правосудие. В такой ситуации не удивительно, что отдельные механизмы, возникшие за пределами государственной системы правосудия, получают новый импульс: сегодня арбитраж, например, занимает первое место в урегулировании споров в сложных и дорогостоящих международных торговых делах. Некоторые страны склонны препятствовать процессу и держать дела, которые не принадлежат судам, в стороне. Попытки голландского правительства подавлять процесс преждевременным урегулированием и посредничеством судов могут служить примером этой тенденции³.

45. Решение большого количества повторяющихся дел — это та особенность, которая стала признаком австрийского и немецкого гражданского судопроизводства. Австрийский пример автоматизированного, поддержанного информационными технологиями, упрощенного порядка рассмотрения дел о взыскании задолженности (*Mahnverfahren*) может служить образцовым примером системы, которая соответствует цели быстрой и рентабельной массовой обработки дел и быстрого фильтрации неспорных исков⁴.

46. Обработка небольших исков ставит большие проблемы перед многими правовыми системами. В то время как для стран с системой общего права, в общем, характерна политика исключения небольших исков из списка дел к слушанию различными средствами (включая высокую стоимость процесса), мир гражданского права более восприимчив к небольшим искам. Европейские системы гражданского судопроизводства отклоняют принцип, согласно которому судьи не должны тратить свое время впустую на неважные, маленькие вопросы (*de minimis non curat praetor*). Например, в Италии или Хорватии невероятно, чтобы суды отказывались рас-

¹ Китайский национальный доклад, абз. 18.

² Ср. Итальянский национальный доклад, абз. 15.

³ См. Нидерландский национальный доклад, абз. 17. С другой стороны, цели голландских реформ могут быть скорее приписаны политике экономии государственных средств, чем являются обдуманном планам обеспечения оптимальности и пропорциональности судебных процессов — см. там же, абз. 24.

⁴ См. Австрийский национальный доклад, абз. 30.

смаатривать дела, которые им показались банальными или неподходящими. После долгого и утомительного процесса «незначительные и необоснованные требования в конце концов отклоняются, но не принимать их к рассмотрению означало бы нарушение основного права на доступ к правосудию»¹. В Венгрии вплоть до 2009 г. для небольших дел не применялось никакого специального процесса и те же самые процессуальные нормы применялись ко всем делам независимо от их значимости².

47. Большинство стран, однако, стремится к некоторой сбалансированности, направляя мелкие иски в специальные суды или осуществляя специальное упрощенное производство³. Эта сбалансированность достигается также доступностью предварительных средств судебной защиты, например приговорами с оговоркой (*Vorbehaltssurteil*) в Германии⁴. Несмотря на введение процесса мелких исков в ЕС (который только добавил путаницы), национальные доклады демонстрируют, что подходы к мелким искам разнородны и отличаются даже если рассматривать только европейскую территорию. В то время как в Италии существует институт мировых судей (*giudice di pace*), Нидерланды и Франция используют порядок вынесения определения по неотложным вопросам (*Kort Geding*)⁵, а Австрия и Германия передают небольшие иски в специальные суды (*Bezirksgerichte* — участковый суд, *Amtsgerichte* — суд первой инстанции)⁶. Процесс в таких судах также является особым: формальности сведены к минимуму, акцентируется устная часть слушаний и возможность апелляций ограничена⁷. Австрийские докладчики отметили, что было бы неправильно прийти к заключению, что маленькие дела считаются менее важными из-за суммы иска, и указали на конституционные ограничения упрощения и рационализации.

48. Процесс по небольшим делам может быть менее формальным, но он все еще нуждается в регулировании. Исключение составляет немецкое право, которое передает те дела, сумма иска по которым не превышает 600 евро, полностью на усмотрение суда (если только это соответствует конституционным гарантиям)⁸. Соотношение сбалансированности и специализации выявляет интересные проблемы и парадоксы. Законодательное деление на дела и суды, которые должны рассматривать их на специальных процессах с разным уровнем формальности, может быть более формальным и менее гибким, чем система, при которой суды имеют разрешение рассматривать дела так, как они должны быть рассмотрены. В связи с бюрократической инерцией суды, однако, могут отказаться от использования этого решения подходящим способом. Но чрезмерная специализация, сопровождаемая увеличением различных видов судов и процессов с характерными особенностями, может привести к путанице и быть неэффективной вопреки желанию обеспечить предсказуемые и соответствующие нормы для всех дел. Это может также привести к расплывчатости и нечеткости целей гражданского судопроизводства.

¹ Итальянский национальный доклад, абз. 20.

² Венгерский национальный доклад, абз. 15.

³ См. Австрийский, Бразильский, Китайский (специальный административный район Гонконг), Итальянский, Венгерский национальные доклады.

⁴ См. Австрийский национальный доклад, абз. 31.

⁵ Нидерландский национальный доклад, абз. 16.

⁶ Австрийский национальный доклад, абз. 28.

⁷ Там же.

⁸ Там же, абз. 29.

VIII. Многосторонний судебный процесс и групповые иски

49. Краткое изложение всех ответов на вопрос о роли групповых судебных процессов привело к следующему разделению: «только в Америке», с одной стороны, и остальные системы правосудия — с другой. Дела, такие как дело Даар против компании «Желтое такси»¹, в котором суд постановил службе такси взимать с будущих клиентов низкую плату, потому что в прошлом она брала слишком высокую плату, не могут возникнуть где-то в другом месте даже сегодня, когда многие системы пробуют использовать некоторые формы групповых исков (даже в США данное калифорнийское дело длилось более четырех десятилетий).

50. Ответы всех других систем правосудия разнообразны, но отражают тот же самый основной подход: во всех остальных странах гражданское судопроизводство все еще сосредоточено преимущественно на разрешении индивидуальных споров «один на один». По поводу многосторонних и совокупных процессов было отмечено следующее: многосторонний процесс все еще находится в начальной стадии (Нидерланды); его применение ничем не выделяется (Италия); обработку сложных многосторонних вопросов нельзя рассматривать как главную цель гражданского судопроизводства (Австрия); судьи с большой неохотой рассматривают многосторонние дела (Китай) и т.д. Известное исключение составляет только Бразилия, про которую говорят, что у нее есть хорошо разработанная система групповых исков, в пределах которой часто решаются сложные вопросы².

51. Законодатели многих стран выражают постоянный интерес к регулированию в этой области от Гонконга³ до Германии⁴. Однако по отношению к ним еще распространен скептический и критический настрой⁵.

52. Стремление отнести разрешение сложных многосторонних вопросов к целям гражданского процесса, конечно, присутствует во многих системах гражданского судопроизводства. Некоторые докладчики⁶, точно так же как другие ученые юристы, разделяют тот взгляд, что в сложном современном обществе суды должны быть вооружены для решения сложных социальных вопросов. Некоторые виды дел, дающие право определенным ассоциациям или независимым государственным органам проводить типичные судебные процессы (например, *Verbandsklage* — жалобы, поданные объединением или союзом), существуют в отдельных системах судопроизводства, но все они применяются скорее теоретически, чем практически. В действительности немногие системы гражданского судопроизводства готовы

¹ См. *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P.2d 732 (Cal. 1967). См. Американский национальный доклад, абз. 14. Ричард Маркус утверждает, что это дело является примером «представления об изменении поведения», которое «способствует творческому использованию группового иска».

² Бразильский национальный доклад, абз. 36.

³ С 2009 г. ожидают новую инициативу, см. Китайский (специальный административный район Гонконг) национальный доклад, абз. 27.

⁴ Коллер относит «экспериментальное право» к экспериментальным делам об инвесторах на рынке ценных бумаг *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, которые сочетают элементы групповых исков и прецедентных процессов. Австрийский национальный доклад, абз. 23.

⁵ Подобный критический настрой привел к тому, что реформа гражданского законодательства 2007 г. не прошла в Австрии (Там же, абз. 34).

⁶ Например, Коллер (абз. 19), Сильвестри (абз. 22).

адекватно обрабатывать многосторонние иски даже с помощью обычных средств и судебного управления (слияние дел, стратегический судебный процесс и т.д.). Это, очевидно, останется проблемой для будущего.

IX. Справедливые результаты или строгий формализм

53. Является ли целью гражданского процесса **справедливость по существу** или **правильное применение правовых норм**? Этот вопрос часто рассматривают как ложную дилемму. Действительно, оба этих условия совпадают только в идеальном случае. Однако бесспорно то, что разные страны отдают предпочтение справедливости по существу, или формальной справедливости. Это также отмечалось в национальных докладах.

54. Предпочитают справедливость по существу такие разные системы, как Китай и Соединенные Штаты. Как объясняет профессор Фу, в китайской юридической культуре и судебной традиции приоритет всегда отдавался достижению справедливого результата и справедливости по существу, а меньше внимания уделяется строгому соблюдению формальностей или укреплению принципа законности¹. В 1990-х г. больше внимания уделялось принципу законности, но в 2000-х гг. появилась противоположная тенденция в соответствии с концепцией «активного правосудия»². С другой стороны, активное использование гражданского судопроизводства для реализации социальных целей в Соединенных Штатах³ и доверие американцев к гражданскому судебному процессу с целью применения общественного права едва ли может осуществляться на основе строгого юридического формализма.

55. Большую преданность точному соблюдению законности можно увидеть в среде гражданского права. Судьи гражданского права чаще всего «обеспокоены нахождением правильного юридического решения спора»⁴. Как утверждает Коллер, принцип законности «бережно хранится» в австрийской и немецкой конституциях, в то время как принцип справедливости и соблюдение основных принципов правосудия, хотя и присутствуют в статутном праве, но находятся намного ниже в иерархии ценностей⁵. Кажется, что в Восточной Европе наблюдается более явная приверженность формалистическому подходу. По крайней мере это можно подтвердить заключением из Европейского суда по правам человека, который часто фиксировал нарушение прав на справедливое рассмотрение в суде из-за чрезмерного формализма в нескольких странах Восточной и Южной Европы⁶.

56. В некоторых странах можно отметить отход от «ненужного формализма». Профессор ван Ре заявляет, что с 1970-х гг. ключевым словом в нидерландском гражданском процессе было слово «деформализация»⁷. Ослабление строгих фор-

¹ Китайский национальный доклад, абз. 25.

² Там же.

³ См. Американский национальный доклад, гл. III и IV.

⁴ Бразильский национальный доклад, абз. 37.

⁵ См. Австрийский национальный доклад, абз. 37–40.

⁶ Например, Хорватия, Россия, Украина, Чехия и т.д. См.: F. Fernhout, *Formal Rules in Civil Procedure and Access to Justice: Striking a Balance Between Excessive Formalism and «Anything Goes»* // Van Rhee, Uzelac (eds.), *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, Antwerp etc., 2008, p. 207–216.

⁷ Нидерландский национальный доклад, абз. 21.

мальных требований, по крайней мере частично, объясняется сближением с целью принятия независимого и справедливого решения, поскольку задача реформ состоит в том, чтобы предотвратить использование сторонами правил гражданского процесса для получения определенного результата в чью-либо пользу на формальных основаниях. Норвегии также приписывают традиционную симпатию к решениям, основанным на справедливых результатах и независимом правосудии¹.

Х. Решение проблемы или рассмотрение дела

57. Контраст между целью независимого правосудия и целью строгой законности отражен в других противоположных ценностях. Докладчики были приглашены прокомментировать то, как национальные системы гражданского судопроизводства и их главные действующие лица рассматривают свою цель и задачи: расценивают ли они отправление правосудия как деятельность по нахождению верных решений проблем, лежащих в основе споров, или же, напротив, главная цель системы состоит в том, чтобы эффективно рассмотреть дела в пределах ее юрисдикции с минимумом усилий и расходов.

58. В своих комментариях национальные докладчики иногда говорили о том, что наилучшим решением было бы равновесие между этими двумя целями. Однако, оценив их ответ, можно прийти к заключению, что чаша весов склоняется к рассмотрению дела. Как отмечает профессор Кендель, во времена экономического кризиса давление на суды увеличивается и все направлено на решения, требующие наименьшего количества усилий и расходов². Там, где система правосудия не работает, представление о судах как разрешающих проблему встречено довольно скептически³. Иногда идея решения проблем отвергается самой доктриной. Профессор ван Ре заявляет, что согласно большинству нидерландских авторов решение проблемы не является основной целью системы гражданского судопроизводства, хотя может быть ее побочным результатом⁴. Профессор Инге Лоранж Бакер также отмечает недавнюю тенденцию в Норвегии, в соответствии с которой уделяется большое внимание эффективному управлению делами⁵. Несмотря на наследие Франца Кляйна, которое требует от гражданского судопроизводства решать социальные конфликты и социальные задачи, для Австрии необходимость решить проблему сторон не превалирует над целью гражданского процесса решить дело быстро⁶. Наконец, даже в Китае, который особо относится к судебным урегулированиям, ограничение времени до 3–6 месяцев, в течение которых суды должны рассмотреть гражданские вопросы, заставляет суды и судей сосредоточиваться на рассмотрении дела⁷. Посредничество, конечно, получает поддержку во многих юридических системах, однако, кажется, что эта поддержка сегодня опирается больше на идею рассмотрения дела (как избавиться от дела быстро; как держать дела в стороне от судов), чем на идею найти верные решения проблем людей и общества.

¹ Норвежский национальный доклад, абз. 21.

² Венгерский национальный доклад, абз. 18.

³ Итальянский национальный доклад, абз. 24.

⁴ Нидерландский национальный доклад, абз. 23.

⁵ Норвежский национальный доклад, абз. 29.

⁶ Австрийский национальный доклад, абз. 41.

⁷ Китайский национальный доклад, абз. 26.

XI. Доступные общественные услуги или полукommerческий источник дохода для общественного бюджета

59. Должно ли гражданское судопроизводство быть свободной и доступной услугой для всех или им нужно управлять как коммерческой структурой, которая осведомлена о стоимости и прибыльна? Должно ли гражданское судопроизводство финансироваться налогоплательщиками или конкретными пользователями его услуг через взносы в суд? Должно ли гражданское судопроизводство быть источником расходов или источником дохода для государственного бюджета? Все эти проблемы также можно рассмотреть как «цели» или по крайней мере как планы, тесно связанные с более общим пониманием целей гражданского судопроизводства.

60. В свете комментариев из различных частей света кажется, что мы можем говорить о **коммерциализации гражданского судопроизводства**. Только во Франции, Исландии, Люксембурге, Монако и Испании стороны гражданского судебного процесса все еще не платят судебные сборы из-за приверженности принципу свободного доступа к судам¹. Но даже в странах, которые раньше были образцовыми примерами социального государства, как Норвегия, тенденции меняются. В то время как гражданское судопроизводство ранее воспринималось в основном как доступная социальная услуга в настоящее время судебные сборы, а также зарплаты адвокатам повысились до такой степени, что гражданский судебный процесс стал слишком дорогим для обычного гражданина². Ситуация может стать еще хуже: в Нидерландах правительство предлагает законопроект, который резко увеличил бы судебный сбор, стремясь поднять уровень самофинансирования системы гражданского судопроизводства³. В Австрии гражданское судопроизводство уже покрывает свои расходы на 110,9%, эффективно финансируя другие отделения системы правосудия⁴. Интересно, что в Китае с тех пор, как суды начали действовать в качестве регулирующих споры в 1980-х и в начале 1990-х гг., ими управляли как коммерческими учреждениями и ожидали, что они покроют дефицит бюджета. Поскольку даже в настоящее время местные органы власти все еще включают судебные расходы в бюджет местной казны, профессор Фу пришел к заключению, что с такой предпосылкой китайское гражданское судопроизводство остается полукommerческим источником дохода для общественного бюджета⁵.

61. В юридических системах, где повышаются судебные сборы, желание ввести более высокие судебные тарифы не всегда обусловлено исключительно увеличением вкладов в государственный или местный бюджет. Другая причина, по свидетельству профессора Сильвестри, состоит в сокращении клиентуры судов⁶. У этой причи-

¹ *European Judicial Systems. Facts and Figures, 2010* // CEPEJ Report, p. 63 // <http://www.coe.int/cepej>

² Норвежский национальный доклад, абз. 30.

³ Нидерландский национальный доклад, абз. 24. Целью этого является желание покрыть приблизительно 64% затрат судебными сборами. Подобные проекты находятся в стадии реализации в Германии, см. Австрийский национальный доклад, абз. 45.

⁴ Доклад об Австрии, абз. 44. Высокий доход гражданского судопроизводства в Австрии может, тем не менее, быть связан с решением некоторых неспорных вопросов, таких как земля и регистры компаний, а также с тем, что плата взимается за рассмотрение дел о взыскании задолженности в упрощенном порядке (*Mahnverfahren*).

⁵ Китайский национальный доклад, абз. 28.

⁶ Итальянский национальный доклад, абз. 25.

ны могут быть прагматические предпосылки; у нее также может быть системное оправдание в контексте принципа пропорциональности. Однако для всех стран, которые принимают его во внимание, увеличение судебных сборов вызывает проблему доступа к правосудию, в особенности — как было сказано об Италии, — если граждане не могут рассчитывать на современную и достаточно финансируемую систему правовой помощи¹.

ХII. Ориентация на клиента?

62. Окончательная цель гражданского судопроизводства прослеживается в вопросе об окончательной цели и задачах системы гражданского судопроизводства. Здесь возможен следующий вопрос: должно ли гражданское судопроизводство отвечать интересам своих конечных пользователей или граждане и другие члены общества должны отвечать интересам гражданского судопроизводства? Возможно, это не заслуживающий внимания и ненаучный вопрос. Однако во многих докладах прямо или косвенно подтверждается, что можно много сделать, чтобы установить и улучшить дружественные отношения клиента и национальных систем гражданского судопроизводства. Экосфера гражданского судопроизводства слишком часто загрязняется эгоцентричным — или даже эгоцентричным — отношением, и ценности «посвященного лица» часто преобладают над ценностями, которые отвечают интересам разовых пользователей или «посторонних»².

63. Непосредственный пример этого можно найти в невероятно реалистичном докладе профессора Фу. Она утверждает, что политика в принципе планирует законодательство, которое учитывает интересы пользователей. Но поскольку участники законодательного процесса являются главным образом старшими судьями и высококлассными профессорами, прокурорами и лишь небольшое количество из них адвокаты, первоначальные инициативы часто становятся менее выразительными³. Профессор И.Л. Бакер также предполагает, что, вероятно, будет весьма справедливо сказать, что цели гражданского судопроизводства раньше были несколько эгоистичными⁴. Понятие о независимой судебной политике также способствует развитию такого мнения, что только в последние годы потребности и пожелания клиентов суда исследуются независимо от судей и адвокатов⁵.

64. В настоящее время согласно модному (правильному или ложному) методу доказательства того, до какой степени системы гражданского судопроизводства служат потребностям клиентов, проводятся исследования степени удовлетворенности клиентов. В Нидерландах такие исследования проводятся на регулярной основе с начала нового тысячелетия. Результаты нидерландских исследований достаточно благоприятны — например, 84% клиентов, в общем, удовлетворены, но клиентов меньше устраивает продолжительность процесса, сочувствие судьи и некоторые

¹ Итальянский национальный доклад, абз. 26.

² См. подробнее: A. Uzelac, *Turning Civil Procedure Upside Down: From Judges' Law to Users' Law* // *Tweehonderd jaar / Bicentenaire Code de Procédure civile*, Kluwer uitgevers, 2008, p. 297–309.

³ См. Китайский национальный доклад, абз. 30.

⁴ См. Норвежский национальный доклад, абз. 32.

⁵ Там же, абз. 32.

другие аспекты¹. Результаты подобных исследований степени удовлетворенности клиентов более неоднозначны в Австрии, где социологические исследования, организованные разными организациями, привели к существенным различиям в результатах. Например, вопреки обычному представлению об австрийской судебной власти как о быстрой и эффективной, опрос, организованный Ассоциацией адвокатов Нижней Австрии, показал, что 86% участников считают, что процессы длятся долго или «слишком долго»². Многие исследования в Австрии и в Германии все еще демонстрируют по крайней мере среднюю степень удовлетворенности (в Германии 60% населения доверяют немецким судам)³. В общем кажется, что системы гражданского судопроизводства стран северной и западной Европы продолжают хорошо относиться к клиентам. Но даже там возможны улучшения, и эгоистические цели (например, судебная независимость, хорошее финансовое положение и обеспеченность работой) охраняются лучше, чем пожелания и потребности клиентов.

65. Ситуация в других странах намного хуже. В дисфункциональных системах гражданского судопроизводства отсутствуют даже слабые и ненадежные результаты исследований степени удовлетворенности клиентов. Есть, однако, сильное чувство неудовлетворенности: некоторые системы не работают и все клиенты недовольны, даже профессионалы⁴. Кризис обычно является хорошим поводом для перемен, но для перемен, возможно, потребуется долгое время, и общество может пострадать от существующего положения.

ХIII. Заключение

66. Цели гражданского судопроизводства — это тема, которая нуждается в пересмотре. Гражданское судопроизводство должно отвечать интересам общества XXI в., и новый социальный контекст налагает требование существенных перемен. Эти перемены нуждаются в правильном определении исходной точки. Без определения целей сложно составить основательный и последовательный план, выработать признаки успеха и поддержать реформы. Исследование различий в целях различных систем правосудия помогает нам сравнить и понять различия в процессах и правовых институтах. Возможно, если мы поймем, что некоторые наши цели схожи, это также поможет нам уменьшить сравнительные различия и улучшить нашу судебную власть даже в тех странах, где, как полагают, любая реформа обречена на неудачу.

Приложение. Вопросы для национальных докладчиков

Общая цель докладов по этой теме — ответить на два вопроса:

- Чем отличаются цели судопроизводства в разных странах?
- Какова роль гражданского судопроизводства в современном мире?

Национальные докладчики приглашены для того, чтобы представить свои взгляды и текущее состояние дел в юрисдикции их государств (и, если это оговорено,

¹ Нидерландский национальный доклад, абз. 25–26.

² Австрийский национальный доклад, абз. 46.

³ Там же, абз. 48.

⁴ Итальянский национальный доклад, абз. 27. Общее положение в Хорватии не очень отличается от положения, описанного профессором Сильвестри.

в другой подобной юрисдикции) и прокомментировать (вкратце) все или любую из следующих проблем.

1. *Преобладающие точки зрения на цели гражданского судопроизводства.* Пожалуйста, укажите концептуальные источники и соответствующее прецедентное право.

2. *Вопросы, рассматриваемые в рамках гражданского судопроизводства.* Ограничены ли цели гражданского судопроизводства судебным процессом (принятием решения в спорных вопросах) или они охватывают также неспорные вопросы? Какова доля работы гражданского судопроизводства в таких вопросах, как правоприменение, владение реестрами (земля, реестры компаний), взимание неоспоримого долга, регулирование будущих отношений между сторонами и т.д.? До какой степени цели гражданского судопроизводства рассматриваются с точки зрения таких задач гражданских судов?

3. *Защита частных прав или защита общественного интереса* (урегулирование конфликтов или социальная стратегия). Пожалуйста, прокомментируйте:

а) до какой степени система гражданского судопроизводства должна обращать внимание на вопросы общественного интереса (государственная политика, нравственность, нарушение прав третьих лиц);

б) до какой степени гражданские процессы должны достигать результатов, соответствующих определенной политике (национальный интерес, взгляды правящих элит или классов, правительственные программы, подавление незаконной деятельности, причины национальной безопасности, обязанность конфиденциальности, профессиональные привилегии и т.д.);

с) какие проблемы судья должен (в контексте целей гражданского процесса) определять в силу занимаемой должности;

д) у каких других действующих лиц или органов (кроме суда и сторон) имеется обязанность обеспечить достижение целей гражданского судопроизводства; какие действующие лица или органы имеют право вмешаться в судебный процесс.

4. *«Материальная истина» или справедливый суд в течение определенного времени.* Пожалуйста, прокомментируйте вашу юрисдикцию с точки зрения соотношения между желанием установить факты правильно и потребностью обеспечить эффективную защиту прав в определенное время. Чему отдается приоритет: точности судебного решения или необходимости предоставить сторонам юридическую безопасность и эффективное средство защиты права в назначенное время?

5. *«Сложные дела» или обработка потока обычных дел.* Пожалуйста, прокомментируйте, до какой степени простираются цели гражданского судопроизводства с точки зрения трудности разрешения дел, которые ставят новые вопросы о праве и факте, и до какой степени они связаны с необходимостью предоставить постоянную и стандартную обработку объема работы судов, при условии решения незавершенных дел и выполнения административных требований эффективности.

6. *Принцип пропорциональности (de minimis non curat praetor) или одинаковые стандарты и процессы для каждого, независимо от важности случая.* До какой степени цель гражданского судопроизводства состоит в том, чтобы уделять такое внимание делам, какое они заслуживают, избавляясь от всех вопросов, которые к ним не относятся? Какие фильтрующие механизмы доступны? Или же считается, что отказ рассматривать дело должным образом был бы отказом в правосудии? Каковы реальные различия в пути и стиле обработки «мелких исков» и «надлежащих судебных дел»?

7. *Двусторонние процессы или разрешение сложных многосторонних дел.* До какой степени цели гражданского судопроизводства ограничены решением простых вопросов, в которые вовлечены больше чем две стороны? Или решение сложных, многосторонних вопросов, где суды должны выполнять сложные функции социального регулирования, также является основной целью системы гражданского судопроизводства?

8. *Справедливые результаты и справедливость по существу или строгий формализм и принцип законности.* Состоит ли цель гражданского судопроизводства в том, чтобы достичь справедливого результата, или в том, чтобы найти правильное юридическое решение путем строгого применения закона?

9. *Решение проблем или обработка дела.* Является ли доминирующим представление о том, что система гражданского судопроизводства должна разрешать дела, которые устраняют основные конфликты? Или дела должны быть эффективно решены компетентными органами при наименьших затратах усилий и расходов?

10. *Доступное гражданское судопроизводство как общественная услуга или полугомероческий источник дохода для государственного бюджета.* Является ли целью системы гражданского судопроизводства (в особенности судов) доступность не за счет тех, кому нужна правовая защита, или она является социальной услугой, оплачиваемой теми, кто ею пользуется? Каков уровень судебных взносов, и есть ли объяснение расходам на функционирование гражданского судопроизводства?

11. *Ориентация на клиента или эгоистические цели?* Цели гражданского судопроизводства состоят в том, чтобы служить потребностям и желаниям клиентов? Как отношение к клиентам соотносится с выполнением установленных целей гражданского судопроизводства, кто его представляет? Или же цели главным образом определяются с точки зрения самой системы гражданского судопроизводства — ее профессиональными деятелями (суды, судьи, адвокаты), а не теми, чьи права под угрозой?

Кристиан Коллер (*Christian Koller*)¹

АВСТРИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД, включающий дополнительную информацию о Германии²

I. Введение

1. Настоящий доклад базируется на перечне вопросов, подготовленном профессором Аланом Узелачем в его основном докладе о целях гражданского судопроизводства для конференции Международной ассоциации процессуального права (Москва, сентябрь 2012 г.). Он сконцентрирован на целях гражданского судопроизводства с точки зрения Австрии, а также включает ссылки на немецкое право.

¹ Профессор Венского университета (*University of Vienna*) (Австрия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен К. Ряховским (РПА Минюста России).

II. Преобладающие точки зрения на цели гражданского судопроизводства

А. Правовая доктрина

2. Теории о целях гражданского судопроизводства являются многочисленными, и они дали начало значительному количеству научных работ¹. Большинство комментариев или учебников по гражданскому процессу начинается с обсуждения и (или) перечисления таких понятий, как «цели», «функция», «задача» такого процесса². Однако единого мнения так и не выработано.

3. Часто считается, что гражданское судопроизводство обеспечивает гражданам средства для осуществления и определения их материальных прав и обязанностей³. Следовательно, принудительное осуществление прав личности формирует одну из главных целей гражданского судопроизводства. В то же время существование эффективного механизма принудительного исполнения влияет на уровень соблюдения правовых норм в обществе в целом. Это могло бы, следовательно, позволить утверждать, что правопорядок определяет себя через гражданский процесс и таким образом осуществляется⁴. Однако сомнительно, является ли осуществление правопорядка собственно целью гражданского судопроизводства. Защита (и принудительное осуществление) прав личности и осуществление правопорядка (в целом) скорее являются двумя сторонами одной монеты⁵.

4. В Австрии процессуальная идеология Франца Кляйна (составившего в 1893 г. проект, на котором базировался Гражданский процессуальный кодекс Австрии⁶) сильно повлияла на теории о целях гражданского судопроизводства. Согласно процессуальным взглядам Кляйна, каждый правовой спор определяется как «зло в обществе» (или «социальный конфликт»), негативно влияющее на функциони-

¹ Это особенно актуально для Германии (см., например: Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses* // *AcP* 168 (1968), p. 27 sqq.; Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970, p. 41 sqq.; F. von Hippel, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht*, 1939, p. 170 sqq.; Eiusdem, *Zur modernen konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft* // *ZZP* 65 (1952), p. 431 sqq.; Meyer, *Wandel des Prozessrechtsverständnisses – vom «liberalen» zum «sozialen» Zivilprozess?* // *JR* 2004, p. 1; Pawlowski, *Aufgabe des Zivilprozesses* // *ZZP* 80 (1967), p. 345; Stürner, *Prozesszweck und Verfassung* // *FS Baumgärtel* (1990), p. 545); данный вопрос был менее обсуждаемым в Австрии, для краткого обзора см.: Fasching // Fasching, Konetsny (eds.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2. Aufl., 2000), Einl. para. 11 sqq.; для более подробного анализа см.: Böhm, *Bewegliches System und Prozesszwecke* // Bydliniski, Schilcher, Steiniger, *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, p. 211; Klein, *Reden, Aufsätze, Briefe*, I, 1927, p. 117 sqq.; Klein, Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, p. 190; Novak, *Die Stellung des Zivilprozeßrechts in unserer Gesamtrechtsordnung* // *JB1* 1961, p. 64; Kuderna, *Soziale Funktion und soziale Elemente des Zivilprozesses* // *RdA* 1986, p. 182; Schoibl, *Die Verbandsklage zur Wahrung öffentlicher oder «überindividueller» Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht* // *ZfRV* 1990, p. 3; Sprung, *Die Grundlagen des österreichischen Zivilprozeßrechts* // *ZZP* 90 (1977), p. 393.

² Как уже неоднократно отмечал Гаул (Gaul, *cit.*, p. 27).

³ См.: Fasching, *cit.*, para. 11; Brehm // Stein, Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., 2003, § 1 para. 5; Murray, Stürner, *German Civil Justice*, 2004, p. 4; Rauscher // Rauscher, Wax, Wenzel (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., 2008, Einl. para. 8.

⁴ Brehm, *cit.*, para. 6; Fasching, *cit.*, para. 11.

⁵ Brehm, *cit.*, para. 12; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 1 para. 9.

⁶ Далее — ГПКА; *RGBl.* No. 113/1895 с последними поправками *BGBI.* I No. 21/2011.

рование современной экономики¹. Следуя этой идеологии, гражданский процесс служит средством для исправления таких недостатков с позиций целесообразности и эффективности². Другими словами, это было понимание Кляйном того, что гражданское судопроизводство реализует «социальную функцию» (*Sozialfunktion*). Решение конкретных вопросов в связи с этим не является единственной целью гражданского процесса, он также достаточно служит (и стимулирует) общественному благополучию (*Wohlfahrtsfunktion*). Процессуальные взгляды Кляйна отражаются в преобладающем в Австрии взгляде, согласно которому гражданское судопроизводство не только служит осуществлению прав личности, но также имеет целью предоставить инструмент для разрешения «социальных конфликтов». Следовательно, оно выполняет задачи по обеспечению общественного благосостояния³.

5. Кроме того, гражданский процесс предоставляет сторонам правовую определенность (*Rechtssicherheit* и *Rechtsgewißheit*), заканчивая их спор⁴. Значение последней функции подтверждается нормами *res judicata* (см., например, ст. 411 ГПКА и ст. 322 Гражданского процессуального кодекса Германии⁵), которые гарантируют, что решение (окончательное) не может быть пересмотрено в последующих судебных процессах, и оно является обязательным для сторон (и судов). Установление истины по делу в гражданском процессе повышает согласие сторон с решением и таким образом способствует правовой защищенности. Отсюда следует, что обнаружение и установление истины по делу как таковое не образует цели гражданского судопроизводства, но при этом служит средством для достижения других целей, особенно правовой определенности и защищенности⁶.

6. В немецкой юридической литературе утверждается, что дальнейшее развитие самого права (*Rechtsfortbildung*) и его единообразное применение относится к числу функций гражданского процесса⁷. Это утверждение, помимо прочего, основывается на ст. 132 § 4 3oC (Закона о судостроительстве), в соответствии с которым судебный состав Верховного Суда может представлять на рассмотрение Большого состава⁸ для решения вопрос фундаментальной важности, если сочтет это необходимым для развития закона или его единообразного применения⁹. Хотя судебная практика юридически

¹ См.: Klein, Engel, *cit.*, p. 190, 280; Cp.: Oberhammer, Domej, *Delay in Austrian Civil Procedure* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, 2010, p. 257 с дальнейшими ссылками

² Oberhammer, Domej, *Germany, Switzerland and Austria (CA. 1800–2005)* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, 2005, p. 121; Ballon, *Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht* // ZZP 96 (1983), p. 427.

³ См., например: Fasching, *cit.*, para. 12; Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., 2009, para. 7; Holzhammer, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1976, p. 2.

⁴ Fasching, *cit.*, para. 13; Brehm, *cit.*, para. 7; другое мнение см.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17 Aufl., 2010, § 1 para. 10.

⁵ Далее – ГПКГ, *BGBI* I, p. 533, с последними поправками *BGBI* I, p. 3044 от 22 декабря 2011 г.

⁶ Cp.: Brehm, *cit.*, para. 25; Zeuner, *Rechtsvergewisserung und Wahrheitsermittlung als Funktionen des zivilgerichtlichen Verfahrens und ihre Beeinflussung unter persönlichkeitsrechtlichen Aspekten in der neuen Entwicklung des deutschen Rechts* // FS Beys (2003), p. 1790; Böhm, *cit.*, p. 227.

⁷ Cp.: Brehm, *Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses* // FS Schumann (2001), p. 57; Böhm, *cit.*, p. 230.

⁸ В соответствии со ст. 132 § 5 ГВГ, Большой состав для гражданских дел должен состоять из председателя Верховного Суда и одного члена от каждого из (12) гражданских составов.

⁹ Cp.: Brehm // Stein, Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., para. 7; Rauscher, *cit.*, para. 10; но см.: Murray/Stürner, *cit.*, p. 4, со ссылкой на улучшение самого закона как на «побочный продукт» гражданского судопроизводства.

ни к чему не обязывает (*stricto sensu*), она имеет влияние на суды, осуществляющие свои дискреционные полномочия в последующих делах. Следовательно, правомочно предположить, что гражданский процесс оказывает влияние на дальнейшее развитие закона посредством усвоения определенной судебной практики¹.

7. В специальных областях права, таких как защита прав потребителя, законодательство о недобросовестной конкуренции, экологическое право и трудовое право, определенным (представительным) органам предоставляется право заявить иск в коллективных интересах (*Verbandsklage*)². Механизм контроля, примененный этим инструментом, в первую очередь служит для защиты публичных или коллективных (неиндивидуальных) интересов³. Следовательно, защита публичных интересов рассматривается, по крайней мере в пределах сферы применения данных действий, в качестве одной из целей гражданского судопроизводства⁴.

8. Вопрос о том, имеет ли одна цель гражданского судопроизводства приоритет над остальными, привел к некоторой полемике в правовой доктрине⁵. В соответствии с более позитивным взглядом взаимодействие между различными целями гражданского судопроизводства должно быть рассмотрено в каждом случае индивидуально.

В. Прецедентное право

9. Неудивительно, что вопрос о том, какие цели лежат в основе гражданского судопроизводства, не рассматривается прецедентным правом. Однако ссылка на цели гражданского судопроизводства неоднократно делалась при толковании процессуальных норм⁶. Германский Имперский верховный суд, например, уже утверждал, что цель норм, содержащихся в гражданском процессуальном кодексе, — не препятствовать осуществлению прав, а скорее обеспечивать функциональную и быструю процедуру разрешения спора⁷. Это иногда называется «вспомогательной функцией» (*dienende Funktion*) процессуального права, что, однако, является чрезмерно упрощенным выражением. Осуществление прав личности рассматривается в качестве цели гражданского процесса для преодоления формалистических результатов. С другой стороны, потребность соответствовать формальным требованиям, оговоренным в Гражданском процессуальном кодексе, в некоторых случаях оправдывается ссылкой на правовую определенность и защищенность как цели гражданского процесса⁸. Это противоречие показывает, что цели гражданского судопроизводства могут служить в качестве интерпретирующих средств для дости-

¹ Brehm // Stein, Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., para. 23.

² Ср.: Koch, *Non-Class Group Litigation under EU and German Law* // *Duke Journal of Comparative and International Law* Vol 11 (2001), p. 358; Rechberger, *Class Actions* // Verschraegen (ed.), *Austrian Law — An International Perspective. Selected Issues*, 2010, p. 156.

³ Это также повышает правовую защиту; см.: Schoibl, *cit.*, p. 3 sqq.

⁴ См., например: Fasching, *cit.*, para. 17; Murray, Stürner, *cit.*, p. 4.

⁵ Ср.: Böhm, *cit.*, p. 219.

⁶ Ср.: Henckel, *cit.*, p. 47.

⁷ См. RG III 120/22, 8 December 1922, RGZ 105, 421 (427); ср. BGH III ZR 310/51, 8 October 1953, NJW 1953, 1826.

⁸ См., например, BGH v. ZB 31/54, 14 December 1954, NJW 1955, 546, обосновывающее требование для определенных письменных документов быть лично подписанными адвокатом в целях (процессуальных) обеспечения правовой определенности и безопасности; ср. BGH VIII ZR 154/86, 3 June 1987, NJW 1987, 2588.

жения определенного результата в конкретном случае¹. Похожая линия рассуждения используется в немецкой судебной практике, что позволяет *res judicata* быть отмененным на основании деликтного иска (т.е. ст. 826 Германского гражданского уложения)². Верховный Суд Германии³ утверждает, что принцип *res judicata*, целью которого является установление правовой определенности, должен уступить место основной цели гражданского судопроизводства, которой является достижение справедливости в конкретном деле⁴. Поэтому вопрос сводится к противостоянию «справедливость против правовой определенности» (*Gerichtigkeit v. Rechtssicherheit*). Хотя справедливости отдавался приоритет в судебной практике, отменяющий *res judicata* в соответствии со ст. 826 Германского гражданского уложения, ВСГ, что самое интересное, стоял на буквальном прочтении оснований для повторного рассмотрения дела в судебном процессе (см. ст. 580 ГПКГ и последующие), которые также допускают отход от *res judicata* по принципу правовой определенности. Противоречия, имеющие различное влияние на разные цели судопроизводства, касательно толкования ст. 826 Германского гражданского уложения, с одной стороны, и ст. 580 ГПКГ и последующих — с другой, уже вызвали критику⁵.

10. В австрийской судебной практике специальные ссылки на цели гражданского судопроизводства являются редкими. Верховный Суд Австрии⁶ имеет, однако, имеет ряд решений, устанавливающих, что цели гражданского судопроизводства должны быть приняты во внимание при интерпретации процессуальных действий сторон⁷. Имея сходство с ВСГ, ВСА последовательно установил, что нормы, позволяющие вновь открывать производство (ст. 530 ГПКА и последующие), требуют ограничительного толкования, с тех пор как они мешают действию принципа *res judicata* в решении, а посредством этого — и принципа правовой определенности⁸. Кроме того, ВСА признал, что установление истины по делу рассматривается в качестве одной из целей гражданского процесса⁹. Согласно мнению ВСА, эта цель, однако, не является оправданием для признания незаконно полученных доказательств допустимыми¹⁰.

¹ Ср.: Gaul, *cit.*, p. 39 sqq., где он критически отзываясь о развитии прецедентного права.

² Для отмены судебного решения на основании ст. 826 Германского гражданского уложения см.: Hess, *Abuse of Procedure in Germany and Austria* // Taruffo (ed.), *Abuse of Procedural Rights*, 1999, p. 172; ср.: Wagner // Säcker, Rixecker (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sec. 826 para. 156 sqq.

³ Далее — ВСГ.

⁴ BGH III ZR 210/50, 21 June 1951, NJW 1951, 759 (*In allen diesen Fällen muß der Grundsatz der Rechtskraft, der dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit dient, dem höchsten Zweck der Rechtspflege, Gerechtigkeit zu wirken, weichen*); ср.: BGH VI ZR 160/97, 30 June 1988, NJW 1988, 2818 с последними поправками.

⁵ См.: Gaul, *cit.*, p. 41 с дальнейшими ссылками.

⁶ Далее — ВСА.

⁷ См., например, OGH 7 Ob 604/92, 15 October 1992, EvBl 1993/44 = RZ 1994/30; OGH 3 Ob 146/93, 24 November 1993; для дальнейших ссылок см. RIS-Justiz RS0017881 и RS0037416 (доступно по адресу: www.ris.bka.gv.at).

⁸ См., например, OGH 17 Ob 31/08w, 23 September 2008; OGH 3 Ob 72/08x, 11 June 2008 ([...] *die Wiederaufnahmsklagemöglichkeit [ist] als außerordentlicher Eingriff in die Rechtskraft und damit in die Rechtssicherheit und den Rechtsfrieden einschränkend auszulegen*).

⁹ См. OGH 2 Ob 708/54, 3 December 1954; OGH 2 Ob 590/56, 17 October 1956 (*Ziel des modernen Zivilprozesses ist die Erforschung der Wahrheit; der Richter hat sich daher nicht passiv zu verhalten, sondern sich von Amts wegen im Sinne des Prozeßzweckes zu verhalten*).

¹⁰ OGH 6 Ob 190/01m, 27 September 2001, RdW 2002/289.

III. Дела, входящие в сферу гражданского судопроизводства

11. В австрийском и немецком праве дела, входящие в сферу гражданского производства, не ограничиваются вопросами, связанными со спорами¹. Дела, рассматриваемые судами в бесспорном порядке, многочисленны и традиционно включают области гражданского права, требующие активного вмешательства судьи в интересах сторон, которые не в состоянии должным образом защитить свои интересы². Более того, в делах, связанных с управлением реестрами (земельными и коммерческими), опекой и попечительством, недвижимостью и др., производство, не связанное со спорами, служит публичным интересам. Однако с тех пор как законодатель решил передавать все больше и больше дел, не имеющих те же характеристики, какие имеют дела, традиционно формирующие ядро юрисдикции дел, не связанных со спорами, в такую юрисдикцию, стало все труднее провести четкое различие между юрисдикцией по делам, связанным со спорами, и юрисдикцией по делам, не связанным со спорами³. Следовательно, цели гражданского судопроизводства, рассматриваемые с перспектив производства по делам, связанным со спорами, не могут четко отличаться от целей, преследуемых производством по делам, не связанным со спорами. Они скорее такие же разные, как и дела, не связанные со спорами⁴. Однако характеристики, лежащие в основе производства по таким делам, в определенных отраслях права и специальные функции такого производства добавляет (следующие) дополнительные цели гражданского судопроизводства к уже названным выше (см. разд. II).

12. В соответствии с Официальным комментарием к австрийскому (новому) Акту о производстве по делам, не связанным со спорами, основной упор такого производства состоит не столько в урегулировании индивидуальных споров, сколько в регулировании длительных правоотношений между сторонами, зависящими друг от друга; такие отношения могут, например, быть распространенными в брачном праве, семейном праве, наследственном праве или праве совместной собственности⁵. Более того, производство по делам, не связанным со спорами, иногда служит образованию правоотношений или субъективных прав (*Rechtsgestaltung*). Это, например, дела о засвидетельствовании (*Beurkundungsverfahren*), процедура регистрации, например, на основании заявления о вступлении в фактическое владение землей или компанией, регистрация которого позволила бы иметь существенный результат,

¹ См., например.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 1 para. 16 sqq. В Австрии и Германии, как и во многих других странах, сделано различие между юрисдикцией по делам, связанным со спорами и не связанным. В Австрии последняя регулируется Актом о производстве по делам, не связанным со спорами 2003 г.

² Klicka, Oberhammer, Domej, *Außerstreitverfahren*, 4. Aufl., 2006, para. 10; Murray, Stürner, *cit.*, p. 443.

³ Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 11 para. 1; Klicka, Oberhammer, Domej, *cit.*, para. 9, 17.

⁴ Включая, например, назначение опеки и попечительства (ст. 117 и последующие *AußStrG*), усыновление (ст. 86 и последующие *AußStrG*), развод по согласию (ст. 55a *EheG*), судебные процессы о завещаниях (ст. 143 и последующие *AußStrG*), объявление умершим (Sec. 14 *TEG*), управление реестром компании (ст. 75 para. 2 *GBG*) и земельным кадастром (ст. 15 и последующие. *FBG*), споры о совместной собственности (ст. 838a *ABGB*), установление фактов владения, (ст. 37 *MRG*); более подробно см.: Мауг, Fucik, *Das neue Verfahren außer Streitsachen*, 3 Aufl., 2006, para. 37 sqq.

⁵ См. Официальный Комментарий (ErläutRV) 224 Blg 22. GP на с. 7 (*AußStrG*).

а также дела о персональном статусе (например, опека и попечительство)¹. В то же время эти производства формируют часть так называемой превентивной административной юстиции путем обеспечения правовой охраны сторон и определенных сделок². Однако было верно отмечено, что судебные решения, изменяющие правоотношения или права (*Gestaltungswirkung*), имеют место не только в производстве по делам, не связанным со спорами³.

13. Традиционно вопросы социального обеспечения (*Rechtsfürsorgematerien*) рассматриваются в производстве по делам, не связанным со спорами. Отсюда следует, что принципы контроля стороны над предметом дела (*Dispositionsgrundsatz*) ограничены, т.е. так называемое *Offizialmaxime* применяется вместо *Dispositionsgrundsatz*. Более того, суд имеет, по крайней мере в принципе, право устанавливать факты по делу *ex officio*, следуя так называемому *Untersuchungsgrundsatz* в отличие от *Verhandlungsgrundsatz*⁴. В целом это процедура более гибкая и менее формальная⁵, что особенно важно для процессов с многосторонним участием, в которых стороны не могут быть разделены на две группы, т.е. на сторону истцов и сторону ответчиков, таких как процессы, связанные с завещанием, или процессы, касающиеся правовых вопросов установления совместного управления или владения имуществом⁶. Часто отмечается, как в отношении немецкого, так и в отношении австрийского права, что производство по делам, не связанным со спорами, носит более административный характер или квалифицируется как «административная деятельность в области частного права» (*Verwaltungstätigkeit im Bereich der Privatrechtsordnung*)⁷. Это особенно верно в отношении процедуры усыновления в австрийском праве (см. ст. 88 и последующие в *AußStrG*), а надзорные функции австрийские суды имеют в отношении управления активами людей, помещенных под опеку (см. ст. 132 и последующие *AußStrG*). По той же причине производства о назначении опеки в отношении несовершеннолетних (см. ст. 1773 и последующие Германского гражданского уложения) или о признании документов недействительными (см. ст. 446 и последующие Закона о процессах по делам семьи и внеисковой юрисдикции) в немецком праве носят административный характер⁸.

14. В Австрии гражданские суды также служат в качестве органов по вопросам конкуренции, а именно Венский суд апелляционной инстанции служит в качестве суда картелей, а ВСА — в качестве апелляционного суда картелей. *AußStrG* также применяется и к процессам судов картелей.

15. В дополнение австрийские и немецкие суды участвуют в принудительном исполнении судебных и иных актов⁹. Это происходит без разговоров о том, что

¹ См.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, § 11 para. 4.

² Ср.: Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 2. Aufl., 1993, § 1 para. 12 sqq.

³ См.: Pabst // Rauscher (ed.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2010, § 1 FamFG para. 12.

⁴ См., например: Klicka, Oberhammer, Domej, *cit.*, para. 10; Mayr, Fucik, *cit.*, para. 17; ср. для немецкого права: Murray, Stürmer, *cit.*, p. 443.

⁵ Mayr, Fucik, *cit.*, para. 17; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 11 para. 7.

⁶ Klicka, Oberhammer, Domej, *cit.*, para. 12.

⁷ См.: Borth, Grandel // Musielak, Borth (eds.), *FamFG*, 2. Aufl., 2011, § 1 para. 2; ср.: Koch, Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, 1998, p. 11; Murray, Stürmer, *cit.*, p. 443; Klicka, Oberhammer, Domej, *cit.*, para. 13.

⁸ См.: Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, § 1 para. 12.

⁹ См.: Murray, Stürmer, *cit.*, p. 445.

исполнительное производство имеет своей целью осуществление прав взыскателей путем применения принудительной силы (если это необходимо)¹. В противоречие этому цель процедуры несостоятельности, которая также подпадает под юрисдикцию гражданских судов, двояка: с одной стороны, цель процедуры банкротства состоит в ликвидации имущества должника в целях удовлетворения требований кредитора на основе принципа *par conditio creditorum*; с другой стороны, все большее и большее внимание уделяется реорганизации должника как основной цели процедуры банкротства².

IV. Защита прав личности или защита публичных интересов

16. Основываясь на процессуальной идеологии Франца Кляйна, можно утверждать, что гражданский процесс также служит защите публичных интересов путем реализации «социальной функции» (*Sozialfunktion*)³. В соответствии с его мнением урегулирование конкретных споров не является единственной целью гражданского процесса и скорее всего оно также служит (и способствует) общественному благосостоянию (*Wohlfahrtsfunktion*)⁴. Кроме того, административная деятельность, отводимая судам в производстве по делам, не связанным со спорами⁵, частью служит публичным интересам и (или) интересам третьих лиц. Управление земельными кадастрами, например, гарантирует правовую защиту в отношении владения землей и передачи земли. Такой положительный эффект также служит публичным интересам. Кроме этого, случаи, когда немецкая и австрийская системы гражданского судопроизводства имеют цель отстаивать общественные интересы, достаточно ограничены.

17. Заметным исключением из этих положений австрийского и немецкого права, которые предоставляют определенным объединениям или независимым публичным органам право подавать иски в интересах представляемых для наложения судебного запрета или получения судебной защиты в виде определения прав и обязанностей в определенных отраслях права (так называемые *Verbandsklagen*), являются наиболее важные отрасли: законодательство о защите прав потребителей и конкурентное право⁶. *Verbandsklage* также служит публичным (или постиндивидуальным) средством обеспечения эффективного правового механизма принудительного исполнения в тех случаях, когда традиционные инструменты контроля и применения права не работают⁷. В Австрии *Verbandsklage* закреплено в следующих нормах⁸: ст. 14 Акта

¹ Rechberger, Oberhammer, *Exekutionsrecht*, 5. Aufl., 2009, para. 1.

² См., например: Pape // Uhlenbruck (ed.), *Insolvenzordnung*, 13 Aufl., 2010, § 1 para. 1 sqq.

³ См.: Klein, Engel, *cit.*, p. 190 sqq.

⁴ См. выше, разд. II, подразд. А.; Schoibl, *cit.*, p. 3.

⁵ См. выше, разд. IV.

⁶ См., например: Koch, *Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb* // JZ 2011, p. 442; Murray, Stürmer, *cit.*, p. 4; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 47 para. 2 sqq.; Rechberger, *cit.*, p. 156.

⁷ Koch, *Non-Class Group Litigation under EU and German Law* // *Duke Journal of Comparative and International Law* Vol 11 (2001), p. 360; Schoibl, *cit.*, p. 3.

⁸ Cp.: Rechberger, *cit.*, p. 156 sqq.

против недобросовестной коммерческой практики¹ уполномочивает отдельные органы² подавать иски об устранении нарушений сторонами определенных правил законодательства о защите конкуренции; ст. 28 Акта о защите потребителей³ дает основу для *Verbandsklage* против несправедливых и незаконных условий в договоре; по ст. 28а АЗП может быть подан представительный иск о несоответствии стандартам защиты прав потребителей⁴. Статья 29 АЗП предоставляет право обращения в суд определенным объединениям и палатам⁵, наиболее заметная из них — Информационная ассоциация потребителей. Этой же логике следуют немецкие законы, позволяющие некоторым определенным объединениям или заинтересованным группам⁶ обратиться в суд с подобными исками. В соответствии, например, со ст. 1 Акта судебных запретов⁷ правомочные потребительские ассоциации или коммерческие заинтересованные группы имеют право подать иск о запрете применения несправедливых условий договора. Статья 2 АСЗ позволяет обращаться с такими исками в отношении нарушений всех норм о защите прав потребителей⁸. Более того, согласно ст. 8 Закона против недобросовестной конкуренции⁹ ассоциациям, имеющим целью отстаивать коммерческие интересы, гарантируется право заявить требование о судебном запрете в случае определенных нарушений антимонопольного законодательства¹⁰. Другой инструмент, который должен быть рассмотрен в этом контексте, это так называемый *Gewinnabschöpfungsklage*, т.е. иск о возврате доходов, полученных незаконным путем, в соответствии со ст. 10 немецкого АНКП. Это положение уполномочивает определенные организации и так называемых правомочных субъектов подать иск о возврате доходов, полученных в результате умышленного нарушения законодательства о защите конкуренции, повлекшего ущерб большого количества клиентов. Иск направлен на выплату взысканной суммы в казну. Помимо этого Немецкий конкурентный акт¹¹ наделяет организации правом в целях продвижения своих коммерческих или независимых профессиональных интересов подать жалобу в случае нарушения НКА или ст. 81 и 82 Европейской Конституции (сегодня ст. 101 и 102 Договора о Европейском союзе). В целом част-

¹ Далее — АНКП.

² То есть Федеральную экономическую палату Австрии, Федеральную палату работников и работодателей Австрии, Совет директоров Агропромышленной палаты Австрии, Федерацию торговых союзов Австрии и Информационную ассоциацию потребителей.

³ Далее — АЗП.

⁴ Более подробно см.: Kühnberg, *Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage*, 2006.

⁵ Таким, как Экономическая палата Австрии, Федеральная палата по труду, Совет палат Австрии по агропромышленному труду, Президентская конференция агропромышленных палат Австрии, Федерация торговых союзов Австрии, Информационная ассоциация потребителей, и Совет среднего класса Австрии.

⁶ См., например: Baetge, *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation — Germany*, p. 4, размещенную онлайн по адресу: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf; cp.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 47 para. 2 sqq.

⁷ Далее — АСЗ.

⁸ Статья 28 и последующие АЗП так же, как и положения АСЗ, делят защиту потребителей на состоящую из применения Директивы ЕС о предписаниях по защите прав потребителей и Директивы Европейского парламента и Совета No. 98/27 (1998 OJ (L 166) 51); см. Baetge, *cit.*, p. 5.

⁹ Далее — АНКП.

¹⁰ Cp.: Halfmeier, *Popularklagen im Privatrecht*, 2006, p. 89 sqq.

¹¹ Далее — НКА.

ное осуществление исполнения законодательства о защите конкуренции через государственные суды служит защите как публичных, так и частных интересов.

18. Из вышеизложенного следует, что гражданское судопроизводство, в отличие от судопроизводства США, не является главным инструментом для защиты публичных интересов в Австрии и Германии¹.

19. Австрийский и немецкие суды должны применять нормы права, соответствующие установленным в судебном процессе фактам². При этом они не связаны никакой определяющей политикой или национальным интересом, которые обязательно повлияли бы на их решение. Даже если суд и придерживается мнения о том, что определенная норма является необоснованной, он не может просто «исправлять» национальное законодательство путем интерпретации соответствующих положений, противоречащей их формулировке, четкому намерению законодателя и его аргументации³. Однако традиционные методы толкования вынуждают суды принимать во внимание политику, общественные ценности, цели и интересы, лежащие в основе норм, применительно к конкретному делу. Все эти элементы могут изменяться в период между принятием и применением конкретного законодательного акта⁴. Другими словами, политика, закрепленная в конкретной правовой норме, косвенно применяется судами в гражданском процессе. Следовательно, правительственные программы или «взгляды правящих элит» имеют влияние на конечный результат гражданского процесса только в том объеме, в котором он отражается в действующем законодательстве.

20. В австрийском и немецком праве есть определенное количество лиц, которые либо могут не давать показания вообще, либо пользуются профессиональными привилегиями, чтобы избежать этого в определенных случаях⁵. В этих случаях профессиональные привилегии могут оказать воздействие на конечный результат гражданского процесса, поскольку суд не заинтересован слушать показания или потому, что право привилегии, в некоторых случаях, может привести к здравым выводам⁶. Однако договорные обязательства по соблюдению конфиденциальности

¹ Это относится к Европе в целом; см.: Kötz, *Civil Justice Systems in Europe and the United States* // 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 61 (2003), p. 75.

² Принцип власти закона закреплен в ст. 20 пара. 2 Конституции Германии и в ст. 18 пара. 1 Конституции Австрии.

³ См., например, BGH 16 August 2006, VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200. В данном случае обсуждалось, имеет ли в соответствии с законодательством Германии продавец право в случае, когда товары необоснованно заменены, на выплату компенсации за выгоду, полученную покупателем от использования этих товаров, до их замены на новые товары. ВСГ выразил сомнения относительно односторонности бремени, таким образом возложенного на покупателя, но заявил, что не видит пути для корректировки национального законодательства посредством интерпретации (*contra legem*). Ср.: Wenzel, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht* // NJW 2008, p. 347. Также см. OGH 25 October 1972, 1 Ob 211/72, JBl 1974, 99, где было установлено, что строгие требования для развода на основании безвозвратного разрыва (по крайней мере в это время) не могут быть ослаблены путем интерпретации. Согласно ВСА, это не столько судебная, сколько законодательная обязанность — менять неудовлетворительные нормы права.

⁴ Ср.: Haas, *The Relationship between the Judge and the Parties under German Law* // Lipp, Fredriksen (ed.), *Reforms of civil procedure in Germany and Norway*, 2011, p. 94.

⁵ Например, священнослужители, журналисты и представители профессий, имеющих доступ к конфиденциальной информации; ср.: Murray, Stürmer, *cit.*, p. 298 sqq.; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 120 para. 20 sqq.; Rechberger // Rechberger (ed.), *Kommentar zur ZPO*, 2. Aufl., 2006, § 321—322 para. 2 sqq.

⁶ См.: Murray, Stürmer, *cit.*, p. 305.

в целом не гарантируют право воздержаться от дачи показаний¹. Широкий круг свидетельских привилегий в австрийском и немецком гражданском процессе может быть рассмотрен в качестве защиты против чрезмерного вмешательства государства (представляемого судом) в частную сферу².

21. По австрийскому и немецкому праву стороны имеют право влиять своими действиями на предмет дела в процессах по делам, связанным со спорами³, в соответствии с так называемым *Dispositionsmaxime* (т.е. принципом диспозитивности)⁴. Однако в рамках предмета спора суд имеет право, а в некоторых случаях даже обязанность, установить определенное количество вопросов, подлежащих разрешению *ex officio* (которые в свою очередь освещают цели гражданского судопроизводства в целом): судья обязан обсудить некоторые актуальные фактические и правовые аспекты дела со сторонами, задать соответствующие вопросы, например в случае неполноты доводов, и дать необходимые указания⁵. Это особенно важно для такой цели гражданского судопроизводства, как обеспечение эффективного осуществления и определения прав и обязанностей личности, поскольку обязанность давать указания и задавать вопросы является важнейшим средством, способствующим процессуальной экономии⁶. В то же время это защищает стороны от несправедливого, на их взгляд, судебного решения, что в свою очередь гарантирует сторонам право быть услышанными и в какой-то мере ставит их на один уровень⁷. В итоге в соответствии с названной обязанностью суд несет ответственность за проведение судебного процесса в справедливой форме, цель которого состоит в установлении истины по делу⁸ и избежании несправедливости в конкретном деле⁹. Кроме того, задачей суда является обеспечение законности процедур, проводимых по его инициативе¹⁰, что соответствует цели гражданского судопроизводства, состоящей в обеспечении исполнения прав и обязанностей личности. Австрийское и немецкое право также следует принципу *jura novit curia*, в соответствии с которым предполагается, что суд знает законы (включая и иностранные) и применяет их *ex officio*¹¹. Принцип *jura novit curia* служит не только обеспечению исполнения личных прав, но и применению правопорядка в целом.

¹ Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 120 para. 20.

² см.: Murray, Stürner, *cit.*, p. 303.

³ Полномочия суда в производстве по делам, не связанным со спорами, см. выше, разд. III.

⁴ Ср.: Oberhammer, Domej, *Powers of the Judge — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, 2005, p. 295.

⁵ См. ст. 139 ГПКГ и ст. 182 и 182a ГПКА; ср.: Oberhammer, Domej, *Powers of the Judge — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, p. 300.

⁶ Oberhammer, *Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien — Überlegungen à propos «Een nieuwe balans» aus Sicht des deutschen Rechtskreises* // Ingelse (ed.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, 2004, p. 91.

⁷ См., например, Wagner // Rauscher, Wax, Wenzel (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., 2008, § 139 para. 1.

⁸ См.: Stadler // Musielak (ed.), *Zivilprozessordnung*, 8. Aufl., 2011, § 139 para. 1.

⁹ Murray, Stürner, *cit.*, p. 166.

¹⁰ Oberhammer, Domej, *Powers of the Judge — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, p. 302.

¹¹ См., например: Oberhammer, Domej, *Powers of the Judge — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, p. 302; Haas, *cit.*, p. 93; Rauscher // Rauscher, Wax, Wenzel (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., para. 306.

Кроме того, суд, по крайней мере в определенной степени, принимает доказательства *ex officio*¹. Судья может, например, принять показания эксперта или обязать представить определенный документ при условии, если одна из сторон ссылается на него². Полномочие суда принимать доказательства *ex officio* может быть рассмотрено, по крайней мере согласно процессуальной концепции Франца Кляйна, как средство продвижения процесса установления истины по делу³. В конечном итоге крепкая позиция, занимаемая судьей в немецкоговорящих странах, в настоящее время⁴ может быть лучше всего охарактеризована как плата за цель гражданского судопроизводства по обеспечению быстрого и эффективного определения прав и обязанностей сторон, которые в свою очередь устанавливают правовую определенность, завершая спор сторон. Наконец, суду приходится определять *ex officio* определенное количество процессуальных обязанностей (так называемое *Prozessvoraussetzungen*), которые должны быть исследованы для того, чтобы суд вынес решение по существу дела. Эти процессуальные обязанности, *inter alia*, включают вопросы юрисдикции, процессуальной дееспособности сторон, *res judicata*, *lis pendens* и т.д.

22. Ответственность за достижение целей гражданского судопроизводства должна быть разделена между сторонами и судом. Другие лица и органы по большому счету не имеют обязанности по достижению целей гражданского судопроизводства в конкретном деле. Органы, похожие на французские *avocats généraux*, или приемлемость сводок *amicus curiae* неизвестны правовым системам Австрии и Германии. В Австрии прокурор (*Staatsanwalt*) имеет право (и обязанность) заявить иск об аннулировании брака, особенно если он был совершен с единственной или основной целью приобретения определенного имени или австрийского гражданства⁵. В этом контексте прокурор действует в качестве представителя государства в целях защиты публичных интересов путем инициации судебных процессов⁶. Кроме того, австрийское право возлагает обязанность на Государственного финансового прокурора (*Finanzprokuratur*) входить (в процессы) в целях защиты публичных интересов и применять все возможные правовые средства, если срочность дела требует немедленного вмешательства или никакой другой административный

¹ Cp.: Oberhammer, Domej, *Powers of the Judge — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, p. 100.

² См. ст. 182 ГПКА и ст. 142 ГПКГ. Однако по австрийским законам заслушивание свидетелей и принятие письменных доказательств (*ex officio*) не допускается, если обе стороны возражают против этого.

³ См.: Parker, Lewisch, *Materielle Wahrheitsfindung im Zivilprozeß* // *100 Jahre ZPO — Ökonomische Analyse des Zivilprozesses* / Bundesministerium für Justiz, Lewisch, Rechberger, eds., 1998, p. 206.

⁴ Исторически дискуссия о власти судьи в немецкоязычной доктрине была в основном подвержена влиянию идеологического применения (т.е. вопрос «либералы против социалистов», проецируемый в отражении на гражданский процесс); см., например: Oberhammer, *Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien — Überlegungen à propos «Een nieuwe balans» aus Sicht des deutschen Rechtskreises* // Ingelse (ed.), *Commentaren op fundamentele herbeëinning*, p. 90; Eiusdem, *Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method* // Honsell et al (eds.), *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, 2004, p. 1040 sqq.

⁵ См. ст. 28 para 1 Семейного кодекса Австрии (далее — СКА). Помимо этого прокурор имеет право инициировать судебный процесс об объявлении умершим в соответствии со ст. 20 и последующими *Todeserklärungs-gesetz — TEG*.

⁶ См.: Kralik, *Die Wahrung öffentlicher Interessen im österreichischen Zivilverfahren, Landesreferat zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974* (Wiener Rechtswissenschaftliche Studien, vol. 13), 1974, p. 66 sqq.

орган не считает себя компетентным¹. Однако функции такого прокурора никогда не играли существенную роль на практике². ВСА неоднократно устанавливал, что Государственный финансовый прокурор имеет право входить не во все гражданские судебные процессы, а скорее только в ограниченный круг дел, где публичные отношения являются предметом решения. Одних косвенных причин, связанных с публичными интересами, недостаточно для вмешательства в дело такого прокурора³. В праве Германии объем полномочий прокурора по участию в гражданском судопроизводстве не больше⁴. Полномочия по подаче исков об аннулировании брака на определенных основаниях, т.е. на основании недееспособности (ст. 1304 Германского гражданского уложения (ГГУ)), двоеженства (ст. 1306 ГГУ), родственного брака (ст. 1307 ГГУ) и т.д.⁵ были переданы административным органам от представительных в Германии⁶.

V. Материальная истина или справедливый суд в разумный период времени

23. По Францу Кляйну, деятельность судьи включает двойную функцию: с одной стороны, вынесение корректного и справедливого решения путем установления сущностной истины *ex officio* (которая была очень важна для Клейна), с другой стороны, эффективное руководство процессом путем обеспечения эффективного метода для ускорения процесса без ущерба его качеству. Качество решений и ускорение процесса, с точки зрения Кляйна, не являются взаимоисключающими целями. Он подчеркивал, что судам не следует стремиться к ускорению процесса за счет уменьшения качества решений⁷. По мнению автора, четкое разделение объективной и формальной истины кажется довольно наивным, учитывая процессуальную практику. С одной стороны, «сражение» сторон за осуществление своих прав и (или) установление судом фактов всегда будет вести (более или менее) к схождению тех фактов, на которых основано судебное решение, и реальности. С другой стороны, будет проблематично допустить, что существующая система гарантирует установление объективной истины в пределах разумного времени и разумными средствами⁸. Однако анализ австрийского процессуального права показывает, что точность решения не превалирует над потребностью обеспечения правовой защиты и обеспечивает сторонам эффективные средства в разум-

¹ См. ст. 3 пара. 6 Государственного финансового прокурорского акта (*Finanzprokuraturgesetz*). Раздел 3 пара. 6 прямо упоминает обязанность такого прокурора по защите и сбору благотворительных взносов *mortis causa*.

² Kralik, *cit.*, p. 66.

³ См., например, OGH 19 September 2002, NZ 2003/66; cp. RIS-Justiz RS0071582.

⁴ Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 27 para. 1.

⁵ Полный перечень см.: Hilbig // Rauscher (ed.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., 2010, Sec. 129 FamFG para. 1.

⁶ Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 27 para. 2.

⁷ Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses*, 1900, p. 10; cp.: Oberhammer, Domej, *Delay in Modern Austrian Civil Procedure and the Legislator's Response* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Period of Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, 2010, p. 260.

⁸ Oberhammer, *Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien — Überlegungen à propos «Een nieuwe balans» aus Sicht des deutschen Rechtskreises* // Ingelse (ed.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, p. 90.

ный срок (и наоборот). Согласно ст. 178 ГПКА, каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается, представив полные и достоверные доказательства (так называемый *Wahrheitspflicht*). В равной мере и судья ответствен за установление «истинности» фактов, обосновывающих права и требования, приведенные сторонами, путем исполнения своей обязанности задавать вопросы и давать указания в соответствии со ст. 182 ГПКА¹. В целом полномочия судьи принимать показания *ex officio*² служат средством установления истины и вынесения решения на его основе. В целях процессуальной эффективности «поиски истины» в гражданском процессе, однако, ограничены, примером чего может служить следующее: во-первых, согласно ст. 183 ГПКА, судья не имеет права обязать представить документы или заслушать свидетеля, если стороны возражают против этого. Во-вторых, в судебной практике определено, что судья должен рассмотреть фактические обстоятельства, представленные одной стороной, но не оспоренные противоположной стороной, чтобы быть корректным и обосновать свое решение на этих фактах без дальнейшей проверки³. Исключения из этого правила сделаны только там, где изначально известно, что неоспариваемый факт ложен; фактическое утверждение противоречит общепризнанным принципам, выводимым из опыта (так называемое *Erfahrungssätze*), или судья узнал о некорректности неоспариваемого факта при исполнении своих официальных полномочий⁴. В-третьих, новые фактические обстоятельства в большинстве случаев не допускаются при обжаловании согласно ГПКА⁵. Наконец, ст. 179 ГПКА обязывает судью исключить поздно представленные доказательства, если они не были представлены раньше из-за грубой небрежности и данные обстоятельства затягивают процесс⁶.

24. В Германии подход *cum grano salis* перекликается с австрийским. Следовательно, он также пытается нарушить баланс между вынесением решения на твердом фактическом фундаменте и одновременно обеспечением оперативности и эффективности процесса принятия решения. Количество норм ГПКГ показывает, что гражданский процесс нацелен на установление истины по делу⁷. Статья 138 ГПКГ устанавливает обязанность сторон говорить правду⁸. Более того, в ст. 286 ГПКГ указано, что суд имеет право свободно оценивать доказательства, чтобы решить, будет ли признано фактическое обстоятельство истинным или ложным. В соот-

¹ Parker, Lewisch, *cit.*, p. 207/

² См. гл. IV наст. доклада.

³ См., например, OGH 21 November 1988, 5 Ob 631/89, JBl 1990, 590; OGH 16 September 2011, 2 Ob 89/11v; RIS-Justiz RS0039949, RS0040110; эта точка зрения, однако, не является преобладающей в правовой доктрине, ср.: Rechberger, Simotta, *Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., 2010, para. 775.

⁴ Ср.: Rechberger, Simotta, *cit.*, para. 775.

⁵ См. ст. 482 para. 2 ГПКА; ср.: Oberhammer, Domej, *Delay in Modern Austrian Civil Procedure and the Legislator's Response* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Period of Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, p. 271.

⁶ Ср.: Oberhammer, Domej, *Delay in Modern Austrian Civil Procedure and the Legislator's Response* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Period of Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, p. 271; Oberhammer, *Speeding up Civil Litigation in Austria: Past and Present Instruments* // Van Rhee (ed.), *The Law's Delay*, 2004, p. 227.

⁷ Это широко распространено в правовой доктрине, см.: Zeuner, *Rechtsvergewisserung und Wahrheitsermittlung als Funktionen des zivilgerichtlichen Verfahrens und ihre Beeinflussung unter persönlichkeitsrechtlichen Aspekten in der neuen Entwicklung des deutschen Rechts* // FS Beys (2003), p. 1788 sqq. с дальнейшими ссылками.

⁸ Точные критерии правды, однако, обсуждаются учеными, см.: Haas, *cit.*, p. 91.

ветствии со ст. 395 ГПКГ свидетель должен быть предупрежден до его допроса о необходимости говорить правду¹. Также в немецком праве судья может принять доказательства *ex officio*².

VI. «Трудные дела» или производство по рутинным делам

25. В Австрии доступ к ВСА был постепенно ограничен после принятия ГПКА. Хотя изначально все дела (кроме тех, где цена иска в споре была слишком мала) могли попасть в ВСА, сегодня это возможно, с одной стороны, если цена иска (во второй инстанции) составляет 5000 евро и, с другой стороны, если рассматриваемый вопрос имеет большое значение для правового единообразия, правовой определенности и совершенствования законодательства³. Если цена иска колеблется между 5000 и 3000 евро, возможность подать жалобу в ВСА зависит от разрешения на такое обжалование, данное второй инстанцией⁴. В соответствии со ст. 8 Акта Верховного Суда (ABCA), решение ВСА должно быть принято расширенным составом (*verstärkter Senat*) из 11 членов, если решение правового вопроса фундаментальной важности может привести к отклонению от судебной практики, установленной ВСА, или от решения, принятого расширенным составом, или правовой вопрос особой важности еще не был решен ВСА единообразно. Из австрийской системы обжалования следует, что разные цели гражданского судопроизводства применяются на разных уровнях процедуры обжалования. Хотя нижестоящие суды в принципе ответственны за рассмотрение основной массы рутинных дел, компетенцией ВСА является обеспечение руководства в решении новых правовых вопросов и, таким образом, способствование развитию права. В основном это упоминается как ведущая роль ВСА⁵. Проблема гражданского процесса, становящегося массовым явлением, связана с процессуальной теорией Франца Кляйна о том, что гражданское судопроизводство имеет социальную функцию, экономическое ответвление и служит публичным интересам. Законодательные меры, принятые в этом отношении, как, например, принятие к производству мелких исков (см. далее, разд. VII), могут поэтому быть рассмотрены в контексте уже упомянутых целей гражданского судопроизводства.

26. Роль и функции ВСГ в правовой системе Германии очень похожи на функции ВСА в австрийской правовой системе. Другими словами, доступ в ВСГ зависит от важности правового вопроса для всей системы судопроизводства⁶. В результате реформы гражданского процесса 2001 г. доступ в ВСГ был ограничен делами, где дальнейшее обжалование было допущено второй инстанцией или самим ВСГ⁷.

¹ См. также ст. 451 ГПКГ

² См., например: Naas, *cit.*, p. 100.

³ См. ст. 502 ГПКА, которая также предусматривает некоторые исключения до предельного значения, особенно в семейном праве, праве аренды и трудовых делах; ср.: Rechberger, Simotta, *cit.*, para. 1038 sqq.

⁴ В случае, если цена спора превышает 30 000 евро, стороны могут обратиться в так называемую чрезвычайную *Ревизию* и передать дело в ВАС независимо от того, дала ли вторая инстанция разрешение на дальнейшее обжалование.

⁵ См., например: Rechberger, Simotta, *cit.*, para. 1037.

⁶ См.: Murray, Stürmer, *cit.*, p. 386.

⁷ См., например: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 141 para. 1.

В соответствии с п. 2 ст. 543 ГПКГ обжалование в ВСГ допускается лишь в случаях, если рассматриваемый вопрос имеет фундаментальную важность или дальнейшее развитие права или интересов единообразия судебных решений требует его рассмотрения ВСГ. Более того, п. 4 ст. 132 ЗоС устанавливает, что судебный состав может передать дело фундаментальной важности на рассмотрение Большого состава для решения вопроса о том, является ли это необходимым для развития права или для целей укрепления единообразной практики применения закона¹. Отсюда следует, что основная масса рутинных дел рассматривается нижестоящими судами, хотя ВСГ ответствен за исполнение решений (новых) по правовым вопросам или «сложным делам», имеющим влияние на всю систему гражданского судопроизводства. И ВСА, и ВСГ в основном не рассматривают дела по существу.

27. Интересно, что загруженность ВСА находится примерно на одном уровне с загруженностью ВСГ, в то время как в Германии примерно в 10 раз больше жителей, чем в Австрии. Например, в 2010 г. ВСА рассмотрел 2050 дел² (исключая вопросы трудового права и права социального обеспечения), а ВСГ — 3530³.

VII. Принцип соразмерности (*de minimis non curat praetor*) или одинаковые правила для всех, независимо от важности дела

28. И в австрийском, и в немецком праве иски с незначительными требованиями включены в юрисдикцию специальных судов: в Австрии *Bezirksgerichte* рассматривают все дела, где цена иска не превышает 10 000 евро⁴, а также споры по землевладению и аренде и семейные дела (независимо от цены иска). Аналогично в Германии *Amtsgerichte* в частности рассматривают дела с ценой иска до 5000 евро (и независимо от цены иска — особые споры о землевладении аренде, а также семейные дела). В обеих странах основные правила производства в общем порядке применяются и к производствам по мелким искам. Помимо этого, однако, определенное число норм (ст. 431–447 ГПКА и ст. 495–510в ГПКГ) устанавливают специальные правила упрощения производства по таким делам. В соответствии с этими правилами процедура получает много особенностей для типичных процессов по незначительным требованиям. Например, формальности сведены к минимуму, особое внимание уделено устной части процесса, а возможность обжалования ограничена⁵. Кроме того, в большинстве таких дел не требуется участие адвоката; в результате указанные нормы позволяют судье занять сильную позицию, особенно в отношении его роли в установлении истины по делу⁶. Разница между процессом по незначительным требованиям и производством в общем порядке может быть понята как применение принципа соразмерности. Однако было бы некорректно утверждать, что эти дела

¹ Cp.: Jacobs // Stein, Jonas, *ZPO*, 22 Aufl., 2011, § 132 GVG para. 2 sqq.

² См.: http://www.statistik.at/web_de/services/stat_jahrbuch/index.html (п. 35).

³ См.: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Gerichtsverfahren/Tabelle/Gerichtsverfahren.html;jsessionid=562303AE9E5BD0AEA4B848038EFB9BC5.cae2>

⁴ В соответствии с последними поправками в законодательство эта цена должна быть увеличена до 25 000 евро; см. постановление правительства 1685 BlgNR 24. GP (2012) p. 9.

⁵ См.: Oberhammer, Domej, *Delay in Modern Austrian Civil Procedure and the Legislator's Response* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Period of Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, p. 274.

⁶ См., например, ст. 432 ГПКА.

менее важны в силу своей цены иска. Упрощение процедуры скорее имеет целью сделать осуществление и определение прав и обязанностей проще. В любом случае в австрийской судебной практике число дел, рассматриваемых в таком порядке *Bezirksgericht*, намного превышает количество дел, рассматриваемых в обычном порядке¹.

29. В отличие от австрийского гражданского процессуального права ГПКГ устанавливает даже более упрощенную процедуру в случаях, если сумма иска не превышает 600 евро². Согласно ст. 495а ГПКГ, в данном случае процедура минует вынесение судебного решения. Однако устное судопроизводство обязательно, лишь если одна из сторон ходатайствует об устном слушании. Кроме того, фундаментальные права сторон, установленные конституцией Германии, ограничивают усмотрение суда в отношении данного процесса³.

30. Австрийская процедура выдачи судебного приказа (*Mahnverfahren*) не выделяется в качестве отдельной, а скорее является специальной формой начала производства в общем порядке. Все иски о денежных требованиях на сумму менее и более 75 000 евро должны быть поданы в форме просьбы выдать судебный приказ (*Mahnklage*). После этого суд выдает судебный приказ (*Zahlungsbefehl*), который направляется ответчику и становится обязательным и вступившим в законную силу, если он не представит своих возражений в течение четырех недель. Если возражения от него поступят вовремя, производство продолжится в общем порядке. Следовательно, можно утверждать, что в австрийском праве общий порядок производства предусматривает несколько путей, сохраняя самый быстрый путь для исков с незначительными требованиями⁴. Немецкая процедура выдачи судебного приказа существенно отличается от австрийской, прежде всего она обеспечивает двухшаговый процесс и заявитель может выбрать между началом производства в общем порядке и применением судебного приказа.

31. Кроме того, немецкое гражданское процессуальное право допускает «упрощенное производство», в котором в качестве доказательств допускаются только документы и показания сторон⁵. Такое производство применяется по делам, где требование основано на документе или долговом обязательстве. Процедура делится на две части: в первой части суд выносит *Vorbehaltssurteil* (условное решение), которое образует исполнительный документ. Однако ответчик имеет право представить свои доводы без всяких ограничений в качестве доказательств в последующем *Nachverfahren*, ведущем к окончательному решению. Целью упрощенного производства является предоставление кредиторам эффективного и быстрого механизма принудительного исполнения своих требований.

32. В спорах, где цена иска не превышает 2700 евро, австрийское право ограничивает основания, которые могут привести к обжалованию судебного решения. В соответствии со ст. 501 ГПКА обжалование (так называемое *Bagatellberufung*)

¹ См.: Kodek, Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2011, para. 835.

² Ср.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 108 para. 17 sqq.

³ См. Федеральный Конституционный Суд (*Bundesverfassungsgericht*) 21 March 2006, 2 BvR 1104/05, NJW 2006, 2248.

⁴ Oberhammer, Domej, *Delay in Modern Austrian Civil Procedure and the Legislator's Response* // Van Rhee (ed.), *Within a Reasonable Period of Time: The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation*, p. 274.

⁵ Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 163 para. 2.

может быть основано только на ничтожной и неправильной правовой оценке. По немецкому праву, обжалование судебного акта суда первой инстанции возможно только в случае, если цена иска превышает 600 евро¹.

33. Более того, требования для допустимости обжалования в ВСА и ВСГ (см. разд. VI) служат фильтрационным механизмом. Этот механизм ведет к тому, что все дела, в которых цена иска не превышает определенную сумму, и споры, где не затрагиваются особо важные вопросы права, рассматриваются по-разному. Такое разделение, однако, не рассматривается как отказ в доступе к правосудию.

VIII. Двусторонние процессы или разрешение комплексных многосторонних дел

34. Несмотря на активное обсуждение в юридической доктрине и повторяющиеся события, ведущие к массовым деликтам в связи с финансовым кризисом, в частности убытки, возникшие в результате инвестиций², австрийский законодатель еще не принял специальных норм для коллективных или групповых исков. Следовательно, рассмотрение сложных многосторонних дел, по крайней мере в отношении вопросов, входящих в юрисдикцию по делам, связанным со спором³, не может считаться главной целью гражданского судопроизводства. Чтобы преодолеть пробелы в законодательстве, тип групповых судебных процессов, основанных на традиционных процессуальных средствах, был разработан на практике⁴. Под «вывеской» «австрийского стиля групповых исков» (*Sammelklage österreichischer Prägung*) лица, чьи права нарушены, передают свои требования ассоциации (в большинстве случаев ассоциации по защите прав потребителей). После этого ассоциация (или иное юридическое лицо) подает все полученные требования в рамках одного иска в суд на основании п. 1 ст. 227 ГПКА (*objektive Klagenhäufung*). В 2007 г. был представлен законопроект на основе текста, подготовленного экспертной рабочей группой, созданной Министерством юстиции Австрии. Это был названный так позже Акт реформы гражданского судопроизводства 2007 г. (*Zivilverfahrensnovelle 2007*). Проект закреплял новую «процедуру рассмотрения групповых исков» (*Gruppenverfahren*) и «процедуру проверки дела» (*Musterverfahren*)⁵. Однако из-за критики законопроект не прошел в парламенте, и в связи с этим закрепление процедуры рассмотрения коллективных исков остается на повестке дня⁶.

35. Как и австрийское, немецкое гражданское процессуальное право не закрепляет коллективных или групповых исков, известных в других правовых системах, особенно в США. После дела «Дойч Телеком», в котором были предъявлены ты-

¹ См. ст. 511 п. 2 ГПКГ.

² См., например: Oberhammer, «*Österreichische Sammelklage*» und § 227 ZPO // Fucik, Konecny, Lovrek, Oberhammer (eds.), *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010*, 2010, p. 248.

³ Для производства по делам, не связанным со спором, см. разд. III.

⁴ Ср.: Kodek, *Collective Redress in Austria* // Hensler, Hodges, Tulibacka (eds.), *The Globalization of Class Actions, Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 622, 2009, p. 87 sqq.

⁵ Подробнее см.: Kodek, *cit.*, p. 89 sqq.; Rechberger, *Class Actions* // Verschraegen (ed.), *Austrian Law – An International Perspective. Selected Issues*, p. 166.

⁶ Rechberger, *Class Actions* // Verschraegen (ed.), *Austrian Law – An International Perspective. Selected Issues*, p. 166.

сячи индивидуальных исков о защите нарушенного права, немецкий законодатель принял Акт о возбуждении процесса по типовым делам в отношении инвесторов в Рынок ссудного капитала¹. В упрощенных терминах АВПТД предусматривает промежуточную процедуру, в соответствии с которой разрешаются правовые требования, общие для группы похожих исков. Приятое решение имеет силу для индивидуальных дел. Гибридная процедура сочетает в себе элементы проверочной процедуры и коллективного производства². Изначально АВПТД был принят как «экспериментальный закон» и период его опробования (5 лет) истек до 31 октября 2012 г. Немецкий законодатель недавно представил проект закона, в соответствии с которым АВПТД должен быть сохранен и немного изменен. В связи с этим сфера применения АВПТД остается ограниченной определенными правами и требованиями инвесторов. Законопроект не предлагает включать данную процедуру в ГПК и расширять сферу ее применения, аргументируя это тем, что она еще не была достаточно протестирована³. Отсюда следует, что разрешение комплексных многосторонних дел лишь постепенно начинает рассматриваться в качестве цели гражданского процесса.

36. Кроме того, австрийское и немецкое право гарантирует определенным ассоциациям или независимым публичным органам подавать иски от имени представляемых о запрещении или предоставлении помощи в особых отраслях права (так называемое *Verbandsklage*)⁴.

IX. Справедливые результаты и сущностное судопроизводство или строгий формализм и принцип законности

37. Принцип законности закреплен и в Конституции Австрии⁵, и в Конституции Германии⁶. В связи с этим суды должны рассматривать дела в соответствии с подлежащими применению правовыми нормами. Это еще более сложный вопрос, в какой мере решение суда требует принятия во внимание базовых принципов судопроизводства, лежащих в основе правопорядка, особенно если они вступают в противоречие с применяемыми нормами права⁷.

38. В некоторых случаях отсылка к справедливости делается в самом законе. Например, в соответствии со ст. 904 Гражданского кодекса Австрии (ГКА) суд можно попросить установить разумное время исполнения решения, если стороны согласились с тем, что должник может эту личную и не передаваемую по наследству обязанность исполнить вовремя. Статья 78 *AußStrG* может служить дополнительным примером. Она уполномочивает судью в производстве по делам, не связанным со спорами, отклоняться от общего правила, согласно которому судебные издержки

¹ Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz; далее — АВПТД; см., например: Baetge, *cit.*, p. 7.

² Ср.: Lange, *Das begrenzte Gruppenverfahren*, 2011, p. 82 sqq.

³ См. BT-Drucks 17/8799, p. 1.

⁴ См. разд. IV.

⁵ См. п. 1 ст. 18 Конституции Австрии.

⁶ См. п. 2 ст. 20 Конституции Германии.

⁷ Это может быть проиллюстрировано ссылками на упомянутые выше случаи (разд. II, подразд. В, абз. 27), в которых ВСГ разрешает отменять *res judicata* на основе деликтных исков по ст. 826 ГГУ.

присуждаются выигравшей стороне, если этого требует справедливость¹. В Германии ст. 81 СКГ даже устанавливает, что суд применяет «справедливое усмотрение» в решении вопроса о том, какая сторона будет нести расходы. На базе этих изолированных положений, однако, не может быть установлено, что достижение справедливого результата составляет часть целей гражданского судопроизводства.

39. Путем заключения арбитражного соглашения и приглашения третейского судьи для решения дела *ex aequo et bono* австрийское и немецкое право предлагает сторонам отказаться от строгого применения закона.

40. Что касается несоблюдения сторонами формальных требований, установленных в ГПК, ни австрийское, ни немецкое право не применяется чересчур строго. По общему правилу сторонам дана возможность исправить формально некорректные материалы, представленные в суд, в определенный отрезок времени². Если ошибка исправлена в течение отведенного времени, то датой подачи такого документа по австрийскому закону будет считаться дата его изначальной подачи³. В Германии ст. 295 ГПКГ предусматривает, что нарушение неосновных процессуальных положений, в частности норм, регулирующих форму процессуальных актов, не может продолжаться больше, если сторона отказалась от применения правил, или в случае, если сторона не смогла своевременно устранить нарушение.

Х. Примирение или рассмотрение дела

41. По австрийскому и немецкому праву эти цели не являются взаимоисключающими. Цель решения проблемы может пониматься, с одной стороны, с позиций сторон и, с другой стороны, с точки зрения общества. В отношении второго в Австрии господствует мнение, что гражданское судопроизводство также служит разрешению «социальных конфликтов» и в связи с этим выполняет задачу поддержания общественного благосостояния⁴. Кроме того, ряд положений ГПКА предполагает, что, по крайней мере в некоторой степени, целью гражданского судопроизводства также является нахождение адекватного решения спора сторон необязательно путем вынесения по делу судебного решения. Пункт 1 ст. 258 ГПКА обязывает судью предпринять попытку урегулировать дело миром. В соответствии с п. 1 ст. 204 ГПКА судья может (*ex officio*) попробовать посодействовать мирному урегулированию спора или даже отдельных вопросов в нем на любой стадии устного слушания. Однако примирение сторон не преобладает над целью гражданского процесса как можно быстрее решить дело. Этот подход представляется сбалансированным (см. разд. V).

42. Немецкое право, как правило, занимает благоприятную позицию в отношении добровольного урегулирования правовых споров⁵. Пункт 2 ст. 278 ГПКГ,

¹ Ср.: Klicka, Oberhammer, Domej, *Außerstreitverfahren*, 4. Aufl., para. 148.

² См., например, ст. 84 ГПКА и последующие; в отношении обоснования требования см.: Rosenberg, Schwab, Gottwald, cit., § 96 para. 47; Becker-Eberhard // Rauscher, Wax, Wenzel (eds.), cit., § 253 para. 154.

³ См., например: Rechberger, Simotta, cit., para. 708 sqq.

⁴ См. разд. II, подразд. А.

⁵ Ср. подробнее: Murray, Stürner, cit., p. 486 sqq.

например, устанавливает обязательные примирительные слушания (*Güteverhandlung*) по всем делам, кроме тех, где стороны уже предпринимали безрезультатные попытки решить дело в досудебном и во внесудебном порядке или там, где сразу ясно, что мирное урегулирование спора невозможно¹. Эта норма показывает, что примирение уже не может быть принудительным в отличие от рассмотрения дела. Но, кроме того, п. 1 ст. 278 ГПКГ позволяет судье играть активную роль и призывать стороны решить дело миром там, где это возможно². К тому же после принятия нового Медиационного акта (*Mediationsgesetz, MediationsG*) в 2001 г. случаи привлечения третейского судьи (*Güterichter*) расширились³. Такое внесудебное примирение заменяет так называемую внесудебную или судебную медиацию (*gerichtsinterne Mediation* или *Richtermediation*), которая была введена как «пилотный проект» в некоторых судах и была включена в постановление правительства. Сегодня ст. 278 (5) ГПКГ дает судье право ориентировать на возможность примирения не только на предварительной, но и на основной стадии судебного процесса⁴. В то же время, однако, система немецкого гражданского судопроизводства не приносит процессуальную эффективность в жертву добровольному разрешению споров⁵.

XI. Гражданское судопроизводство как доступная государственная услуга или полугомерческий источник дохода для государственного бюджета

43. Ни в Австрии, ни в Германии доступ к гражданскому судопроизводству не является бесплатным. Размер судебной пошлины зависит от типа спора. В большинстве случаев, однако, суды взимают пошлину исходя, так же как и адвокаты, из цены иска⁶. Истец (или заявитель в зависимости от дела) все судебные пошлины уплачивает заранее⁷. Если цена иска, например, 10 000 евро, судебная пошлина (суда первой инстанции) будет составлять в Австрии 673 евро⁸, а в Германии — 588 евро⁹. Для обжалования в упомянутом выше примере судебная пошлина в Австрии составит 1036 евро¹⁰, а в Германии — 784 евро¹¹. Для сторон, не имеющих достаточно финансовых средств, доступ к суду обеспечивается развитой системой оказания правовой помощи, в соответствии с которой сторона полностью (или частично) освобождается от уплаты пошлины¹². Кроме того, в Австрии и Германии достаточно

¹ См., например: Oberhammer/Domej, *Conciliation and Other Types of Alternative Dispute Settlements — Germany, Austria, Switzerland* // Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, 2005, p. 220; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *cit.*, § 104 para. 15 sqq.

² Murray, Stürner, *cit.*, p. 487.

³ См. BT-Drucks 17/8058, p. 17.

⁴ BT-Drucks 17/8058, p. 21.

⁵ См., например: Murray, Stürner, *cit.*, p. 488.

⁶ См. Акт о судебных пошлинах Австрии (*Gerichtsgebührengesetz*; далее — АСПА), а для Германии — Акт о судебных сборах (*Gerichtskostengesetz*; далее — АСС).

⁷ См., например: Murray, Stürner, *cit.*, p. 344.

⁸ См. п. 1 ст. 2 АСПА *tariff item 1 (Tarifposten 1)*.

⁹ См. ст. 34 АСС, приложение 1, No. 1210 и приложение 2.

¹⁰ См. п. 1 ст. 2 АСПА, *tariff item 2 (Tarifposten 2)*.

¹¹ См. ст. 34 АСС, приложение 1, No. 1220 и приложение 2.

¹² См., например: Murray, Stürner, *cit.*, p. 116 sqq.; Rechberger, Simotta, *cit.*, para. 442 sqq.

популярно страхование судебных издержек, предлагаемое частными страховыми компаниями¹.

44. Согласно информации, опубликованной на сайте австрийского Министерства юстиции, 73% общих затрат на систему правосудия распространяется в том числе на гражданское и уголовное судопроизводство². Данные, касающиеся гражданского судопроизводства, предоставляются только на основе доклада Европейской комиссии по эффективности правосудия (ЕКЭП) «Эффективность и качество правосудия»³. Согласно этому докладу судебные сборы в Австрии составили 110,9% бюджета суда. Высокий уровень судебных сборов в Австрии, возможно, является результатом ответственности суда за земельные кадастры и бизнес-реестры. За получение информации из этих реестров и кадастров или внесение в них изменений, например, взимаются судебные сборы. В то же время высокая степень стандартизации и информатизации судебной системы, особенно в отраслях с большим количеством дел, позволяет судам сократить затраты и повысить доходы⁴. Однако, поскольку доходы, полученные от уплаты судебных расходов, можно использовать для перекрестного субсидирования других частей системы судопроизводства, особенно дорогостоящих областей уголовного судопроизводства, трудно сделать вывод о том, что судебные пошлины являются как «квазикommerческим источником доходов для государственного бюджета».

45. В Германии судебные расходы в среднем занимают до 40% расходов на систему судопроизводства⁵. Этот процент считается низким, что, в частности, побудило Министерство юстиции в ноябре 2011 г. стимулировать введение в действие и подготовку проекта второго Акта для модернизации права на расходы⁶.

XII. Ориентация на пользователей или самоориентированные цели

46. По крайней мере в теории многие цели гражданского судопроизводства, такие как быстрое и эффективное применение и определение прав и обязаннос-

¹ Murray, Stürner, *cit.*, p. 124. В соответствии со статистическим отчетом Австрийской страховой ассоциации только в 2009 г. было заключено почти 3 млн новых договоров страхования судебных издержек; см.: <http://www.vvo.at/jahresbericht/index.php>. Принимая во внимание население Австрии, составлявшее в начале 2010 г. примерно 8,1 млн человек, можно предположить, что такое страхование будет очень популярно в Австрии.

² См.: <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/8ab4a8a422985de30122a921079062e5.de.html;jsessionid=433D2829175BBD00521117745088034B>

³ См.: <https://wcd.coe.int/ViewBlob.jsp?id=1700697&SourceFile=1&BlobId=1694098&DocId=1653000>; далее — доклад ИКЭП..

⁴ См. доклад ЕКЭП, с. 63.

⁵ м. окончательный доклад 82-й Конференции министерств юстиции, состоявшийся 18 и 19 мая 2011 г. в г. Галле; доступно онлайн по адресу: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/jumiko/2011/i_8_kostendeckungsgrad.pdf. Процент, однако варьируется в зависимости от федерального штата. В любом случае в 1995 г. судебные пошлины составляли 100 % бюджета судебной системы Баварии и Баден-Вюртемберга (см.: Blankenburg, *Europäische Justizindikatoren: Budgets der Justiz, Richter und Rechtsanwälte* // *Betrifft Justiz* No. 105/2011, p. 19 sqq.).

⁶ 2. *Kostenrechtsmodernisierungsgesetz* — 2. *KostRMoG*, доступно онлайн по адресу: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_Zweites_Gesetz_zur_Modernisierung_des_Kostenrechts.pdf?__blob=publicationFile

тей, правовой определенности и т.п., положительно влияют на пользователей этой системы. На практике австрийская судебная система работает эффективно, о чем свидетельствует тот факт, что большинство случаев, по крайней мере в производстве по делам, связанным со спорами, решается в течение года или даже меньшего периода времени¹. Интересно, однако, что мнение участников процесса не совпадает с упомянутыми объективными данными. Для сравнения: недавние опросы общественного мнения показывают другую картину — по данным опроса общественного мнения, организованного Ассоциацией адвокатов Нижней Австрии, 86% участников опроса считают, что судебные разбирательства длятся дольше требуемого или даже «слишком долго». Другие опросы показывают чуть больше положительных результатов: 75% респондентов считают, что длительность судебного разбирательства неудовлетворительна. Опрос, инициированный Министерством юстиции, однако, показывает, что только 10% респондентов имеют «общее отрицательное мнение» о судопроизводстве и охарактеризовали его как медленное, сложное и долгое, 16% респондентов в опросе выразили «общее положительное мнение» системы и указали, что это связано с «быстрым рассмотрением» дел. Таким образом, уровень удовлетворенности пользователей колеблется между средней и высокой. Это подтверждено не только в ходе социологического опроса, проведенного Ассоциацией адвокатов, согласно которому 79% респондентов доверяют австрийской судебной системе, но и данными самого последнего опроса². Научная ценность таких опросов, однако, остается сомнительной, поскольку пользователи, как правило, не делают различия между гражданским и уголовным судопроизводством. Что касается последнего, то дела с участием общественных деятелей привели к широкому негативному освещению в СМИ и тем самым отрицательно повлияли на имидж судебной системы Австрии в целом³.

47. По крайней мере в отношении использования современных средств коммуникации и IT-технологий (так называемое электронное правосудие) австрийское гражданское судопроизводство в целом занимает весьма выгодную позицию. Это не только позволяет подавать иски и жалобы в электронном виде, но и, например, размещать в онлайн-доступе судебные акты, как, например, извещения о банкротстве, о проведениях аукционов, а также выписки из коммерческих реестров⁴.

48. В Германии, напротив, существует уверенность в системе гражданского судопроизводства⁵. Это подтвердил недавний опрос, показавший, что 60% населения Германии выразили большое или по крайней мере достаточное доверие немецким судам⁶. Согласно данным названного опроса, длительность судебного процесса, однако, похоже, превосходит ожидания немцев. 76% респондентов, принимавших участие в судебных процессах, говорят, что процесс длится слишком долго. Кроме

¹ См., например: Mayr, *Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit* // AnwBl 2009, p. 62.

² Этот опрос, однако, показывает достаточно низкое число — 65 %; см.: Karmasin, *Motivforschung*, p. 7, 24; доступно онлайн по адресу: <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c94848534e6045f01353d1854d30356.de.0/studie.pdf?sessionid=C3AF8ED72D64755004594238139D3655>

³ Это отмечается в: Karmasin, *Motivforschung*, p. 19 (доступно онлайн, см. предыдущее примеч.).

⁴ См.: www.edikte.justiz.gv.at

⁵ *ROLAND Rechtsreport of 2011*, p. 12 (см. онлайн: http://www.roland-konzern.de/media/downloads/roland_rechtsreport2011_kl.pdf).

⁶ *Ibidem*.

того, 67% опрошенных разделяют мнение, что те, кто может себе позволить юридическое представительство, будет более успешными в деле¹.

49. В целом цели гражданского судопроизводства определяются, с одной стороны, с точки зрения тех, чьи права и обязанности поставлены на карту, и, с другой стороны, с точки зрения общества в целом и его потребности в эффективной системе гражданского правосудия.

Тереза Вамбьер (*Teresa Wambier*)²

БРАЗИЛЬСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

I. Введение

1. Целью правосудия по гражданским делам в Бразилии, согласно большинству бразильских ученых, является разрешение конфликтов или споров⁴ между субъектами *A* и *B*⁵ в соответствии с правом⁶. Когда мы говорим «в соответствии с правом», то подразумеваем нормы, установленные «статутным правом», т.е. законом, поскольку Бразилия относится к государствам системы континентального права⁷ (романо-германская правовая семья). Это типичный подход.

2. Однако на деле правосудие по гражданским делам зачастую имеет своей задачей разрешение проблем, вытекающих из ненадлежащих действий органов власти⁸, — в этих случаях приходится опираться на нормы, сформулированные при помощи неясных или туманных понятий и правовых принципов, некоторые

¹ *ROLAND Rechtsreport of 2011*, p. 19–20.

² Профессор Папского католического университета Сан-Паулу (*Pontifical Catholic University of São Paulo*) (Бразилия).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен кандидатом юридических наук Д.Г. Нохриным (Конституционный Суд РФ).

⁴ Гражданский процессуальный кодекс Бразилии был принят в очень индивидуалистическом обществе. Поэтому его структура более подходит для разрешения споров между отдельными лицами, а не групповых споров (Teori Albino Zavascki, *Reforma do sistema processual civil brasileiro e a reclassificação da tutela jurisdicional* // *Revista de Processo*, 1997, vol. 88, p. 173).

⁵ Хотя в Бразилии, как будет показано ниже, существует хорошо разработанная система разрешения групповых исков, нормы о ней расположены не в ГПК.

⁶ Современные правоведы признают, что гражданский процесс кроме собственно процессуальных преследует также социальные и политические цели. Он предоставляет лицам возможность осуществлять права, вытекающие из статуса гражданства (Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, vol. 1, p. 135).

⁷ Хотя Бразилии присущ и ряд черт системы общего права, например, малозначительные дела (иски небольшой суммы) рассматриваются особым образом и, как было сказано, у нас существуют нормы о групповых исках, «вдохновленные» северо-американской системой (José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos* // *Revista de Processo*, 1998, vol. 92, p. 87).

⁸ Фактически ненадлежащие действия органов власти часто становятся причиной судебных процессов, их поведение во время слушаний также не всегда идеально, однако мы, к сожалению, располагаем не очень надежными статистическими данными по этой проблеме.

из которых не являются даже писаными. В статутном праве эти дела обычно разрешаются в контексте положений о групповых исках¹.

3. Именно в случаях таких конфликтов между обществом, представленным одним из своих субъектов, и органами власти возникает серьезная проблема судебного активизма. Судьи вынуждены «создавать» решения, находить пути к разрешению проблем, поскольку в большинстве этих случаев сталкиваются с необходимостью разрешения вопросов, ускользнувших от внимания законодателя. Зачастую судьи действуют так, как если бы они были частью исполнительной ветви власти² (*Pouvoir Exécutif*).

II. Вопросы, лежащие в плоскости правосудия по гражданским делам

4. Судебная власть в Бразилии призвана организовывать и контролировать осуществление определенных действий, которые, хотя и обладают правовыми свойствами, не охватываются правовой сферой, таких как, например, действия, связанные с осуществлением прав собственности и собиранием долгов. Однако эти действия не являются собственно судебными.

5. Кроме того, считается, что определенные процедуры с участием судей требуют совершения действий, которые многие отказываются квалифицировать как относящиеся к судебной власти. Это происходит главным образом в рамках слушаний, которые в бразильском гражданском процессе известны как «добровольные судебные слушания» и в которых, согласно господствующей юридической доктрине, судья играет в основном административную роль в противоположность процедурам, отмеченным существованием конфликта интересов.

6. Беспокойство о качестве действий судебной власти в этих добровольных судопроизводствах является определенным. Доказательство этого — попытка упростить некоторые из процедур, связанные, например, с так называемым дружественным разводом и выполнением завещания, которые могут быть осуществлены и без вмешательства судьи у внесудебного регистратора/нотариуса.

7. Наконец, необходимо отметить, что в Бразилии мы имеем механизм (судебную процедуру), весьма похожий на судебный надзор. Наш Верховный Суд проверяет посредством соответствующего вида действий или слушаний, известных как *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*, закон или его норму на предмет нарушения ими или их противоречия федеральной Конституции.

8. Правоведы именуют такой судебный процесс «не имеющим сторон, иска и защиты».

9. Но помимо этого главная задача гражданского судопроизводства в Бразилии состоит в том, чтобы разрешать споры. Считается, что судебная власть, для того чтобы выполнять свою основную задачу (разрешать споры) эффективным способом,

¹ В настоящее время распространены судебные процессы (обычно групповые иски, но не только) против правительства, о праве на бесплатные лекарства (PE 607381/SC — STF) или на определенное лечение (REsp 872733/SP — STJ) или о реструктуризации и ином исчислении социальных выплат для определенных категорий лиц (REsp 1041197/MS — STJ).

² Судебная власть может в исключительных случаях играть эту роль, главным образом когда правительство отказывает гражданам в доступе к необходимым товарам, в реализации их социальных прав (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* No. 45).

должна осуществить еще три функции: 1) создать или поддержать практические условия, благоприятные в отношении эффективности судебного решения¹ с тем, чтобы судебное решение могло произвести желаемые эффекты; 2) установить, имеет ли заявитель права (что является декларативной функцией); и 3) выполнять действия по принудительному осуществлению судебных решений².

10. Действия относительно ведения регистров земли или компаний лежат за рамками функций судебной власти.

IV. Защита индивидуальных прав или защита публичного интереса

11. В Бразилии принято считать, что федеральная Конституция 1988 г. ввела механизмы, которые увеличили «юридикализацию» политики в Бразилии, позволяющие судебной власти осуществлять контроль за действиями публичной администрации. Этот вывод следует из анализа полномочий судебной власти, которые позволяют ей контролировать конституционность действий органов государственной власти, расширения области общественных гражданских процессов и учреждения предписания судебного запрета (посредством которого правительство/власти побуждаются обеспечить охрану конституционных прав и свобод)³.

12. Юридикализация политики, постольку поскольку она имеет дело с действиями правительства, также порождает дискуссию в отношении определенных политических вопросов.

13. Более того, возможно даже утверждать, что система гражданской юрисдикции в Бразилии учитывает публичную политику, мораль, нарушение прав третьих лиц, с тем чтобы довести процесс до стадии принятия решения, только если дело, подлежащее разрешению, может быть оценено как сложное, т.е. в соответствии с нашим критерием такое дело не может быть разрешено в рамках традиционного континентального подхода.

14. Традиционный континентальный подход предполагает нахождение нормы права, которая подходит для дела, подлежащего разрешению. Однако сложность современных сообществ ставит перед судом вопросы, которые не могут быть так просто решены. Судьи иногда вынуждены задействовать целый «букет» элементов в обоснование своего решения: законы, аналогию, правовые принципы⁴. Иногда

¹ Главное беспокойство — обеспечить справедливый судебный процесс со справедливыми результатами (минимальные стандарты, связанные с надлежащей правовой процедурой) через интерпретацию статутного права и создание новых правовых механизмов (Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., vol. 1, ch. 1, 5).

² Хосе Карлос Барбоза Морейра считает, что выделение этих функций также соответствуют классификации видов исков — о признании, об исполнении и о мерах (*O novo processo civil brasileiro*, 25. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 3).

³ Carlos Augusto Silva, *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 134–141.

⁴ Наш Верховный Суд в своем недавнем решении провозгласил, руководствуясь принципом солидарности, неконституционность *taxa de matrícula* для публичных университетов — публичное обучение должно быть полностью публичным (RE 510378) и также, основываясь на принципе уважения человеческого достоинства, провозгласил, что инвалиды должны пользоваться правом бесплатного проезда в общественном транспорте (ADIN 2.649).

необходимо и такое поведение судьи, и оно может быть понято как активность суда, по моему мнению.

15. Для иллюстрации:

1) должны ли правом на отпуск по уходу за ребенком, который предоставляется матерям после рождения малыша, также пользоваться приемные родители в случае усыновления новорожденного, если в норме закона фигурирует лишь слово «мать»;

2) должны ли содержащиеся в заключении члены «Группы антифашистского сопротивления имени Первого октября», участвующие в голодовке и потому рискующие умереть, накормлены насильно;

3) может ли искусственное оплодотворение со стороны третьего лица быть признано супружеской изменой;

4) отвечает ли политика «мягких квот» принципу равенства?

16. Однако выражение «активность суда»¹ может быть также использовано для описания отношения тех судей, которые решают дело, руководствуясь своими собственными мировоззренческими/политическими идеями, убеждениями, игнорируя закон под предлогом развития права. Такое тоже бывает, но очень редко. В этом смысле судейский активизм противоречит началу предсказуемости и стабильности судебных актов.

V. Гражданский процесс и осуществление государственной политики; полномочия суда *ex officio*

17. Процедуры² должны достигнуть результатов, которые соответствуют определенной политике, когда это явно требуется статутным правом.

18. Общее правило состоит в том, что в обычных гражданских делах стороны принимают решение о начале, конце и объеме производства. Это правило имеет давнюю традицию и часто базируется на фундаментальном принципе — *Dispositionsmaxime* (принцип диспозитивности)³. Суд не может⁴ по собственной инициативе возбудить дело или изменить его масштаб. Возможность использования *cognitio ex officio* во время судебного разбирательства возможна лишь в редких случаях, предусмотренных законом. Судья может определить *ex officio* некоторые процедурные вопросы,

¹ Правоведы наполняют выражение «судейский активизм» различным смыслом. В зависимости от контекста под этим может пониматься деятельность и судьи, который решает *contra legem*, и судьи, который активно сотрудничает со сторонами, и судьи, который подходит к делу новаторски и «творит» право, и т.д. (Maria Elizabeth de Castro Lopes, *Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil* // *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, 2007, vol. 19, p. 221).

² Естественно, когда судебная власть интерпретирует федеральную Конституцию, она касается политических вопросов. Неизбежно судья, который является частью нашего Верховного Суда, вмешивается в политические темы, поскольку эти темы представляют содержание федеральной Конституции.

³ Согласно бразильским авторам, принцип диспозитивности означает, что судья во всем полагается на инициативу сторон, в том числе в части доказательств и указаний на факты. *Iudex secundum alega et probata partium iudicare debet* (Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, 25. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 64).

⁴ Бразильское законодательство предусматривает очень немного исключений из принципа диспозитивности, каждое из них — незначительно (José Carlos Barbosa Moreira, *Reformas processuais e poderes do juiz* // *Temas de direito processual*, 8.ª série, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 57).

как, например, недостаточность обоснования (отсутствие *legitimatio ad causam* и *ad processum*) или законной силы.

19. Как правило, судья ограничен иском требованием¹, заявленным истцом, условиями защиты² и доказательствами, представленными к слушаниям, которые, между прочим, могут быть собраны в результате запроса судьи³ в дополнение к действиям сторон.

VI. Иные органы и лица, ответственные за обеспечение целей правосудия по гражданским делам

20. В Бразилии есть другие лица и органы, помимо суда и сторон, которые призваны гарантировать достижение целей гражданского судопроизводства. По существу их два: *Ministério Público* (орган, аналогичный французскому *Ministère Public*; далее — *MP*) and the *Amicus Curiae*.

21. *MP* вправе вступать в процесс в различных случаях, например, в случае подачи иска несовершеннолетним или к несовершеннолетнему. Члены *MP* могут также осуществлять инициативу на подачу иска, играя роль «процессуальных истцов», в тех случаях, когда такое полномочие специально и недвусмысленно предоставлено им законом, а также в групповых исках.

22. Институт *Amicus Curiae* был введен в бразильское законодательство недавно. На данный момент установлено, что он может вмешиваться лишь в особых ситуациях, установленных статутным правом. Но есть четкая тенденция в том смысле, что судья может попросить вмешательства *Amicus Curiae*, когда он или она думает, что это может привести к лучшему решению⁴.

23. Несколько лет назад интересное изменение имело место в Бразилии с созданием *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Хотя этот орган принадлежит к судебной власти (ср. *art. 92, inciso I, da Constituição Federal*) и по большей части формируется за счет представителей других судебных органов (в общей сложности 15 членов), у *CNJ* есть несколько функций, связанных с контролем качества судебных действий с точки зрения «потребителя правосудия» (ср. *art. 103-B, § 4º*). Другими словами, гарантирование выполнения задач правосудия явилось одной из целей, которые мотивировали создание и формирование компетенции этого

¹ В действительности *petitum* выражает одновременно волю истца и содержит указание на тот правовой результат, который сторона ожидает от суда (Luiz Rodrigues Wambier et al., *Curso avançado de processo civil*, 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1, p. 297).

² Судья ограничен фактами, приведенными сторонами, но не их правовыми доводами. Он или она могут победить совсем на другой основе, чем нормы, на которые изначально ссылались (Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, 10. ed., Salvador, Podivum, 2008, vol. 1, p. 290).

³ Это соответствует очень недавней тенденции в бразильском законе: у судьи, как полагают, есть больше полномочий или более сильная власть в том, что касается собирания доказательств. Это, как полагают, для действительного достижения подлинного равенства между сторонами (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 72).

⁴ В *ação declaratória de inconstitucionalidade* No. 4451 (который аналогичен американскому судебному пересмотру), Верховный Суд допустил Рабочую партию в качестве *amicus curiae*. В этом деле обсуждалась возможная неконституционность ряда законов, которые запрещают насмешливое или унижительное публичное обращение к кандидату, участвующему в гонке за политический пост, или его/ее партии.

нетипичного судебного органа¹, что стало важной вехой в истории бразильского гражданского процесса.

VII. «Материальная истина» или справедливое судебное разбирательство в разумное время

24. Что имеет преимущество: правильность судебного решения или необходимость обеспечить сторонам судебную защиту и эффективные средства восстановления прав в течение разумного времени? По мнению большинства бразильских правоведов, здесь необходим деликатный баланс. Несмотря на то, что многие ученые признают важность достижения истины в процессе правосудия, они в то же время отмечают, что этот поиск истины не должен ставить под угрозу разумную продолжительность рассмотрения дела².

25. С другой стороны, нельзя сказать, что бразильское законодательство устанавливает возможность абсолютного и безвозвратного выбора между этими «опциями»³. В последние десятилетия заметные усилия были предприняты бразильскими законодателями с тем, чтобы уравновесить эти две потребности и совместить «скорость» и «правильность».

26. В некоторых ситуациях законодатель предпочитает своевременность защиты и позволяет стороне извлекать выгоду заранее из эффектов, которые обычно достигались бы только в окончательном решении. Однако судебное предоставление на этих условиях является исключением и предполагает наличие некоторых предпосылок, среди которых — риск потерь, понесенных стороной, которая заявляет о своих правах, и существование элементов, которые, по крайней мере видимым образом, доказывают требуемые права.

27. Бразильское процессуальное законодательство в настоящее время является достаточно щедрым в средствах защиты, основанных на неполном судебном познании⁴ (*fumus boni iuris*). Это означает, что судья может предоставить лицу, обратившемуся за судебной защитой, полный эффект (или часть правового эффекта) окончательного судебного акта в случаях, не терпящих отлагательства (*periculum in mora*). Обычно такая защита может быть предоставлена, если ситуацию можно развернуть к *status quo ante*, в случае проигрыша дела. Однако если эти условия

¹ Этот орган осуществляет контроль за судебной властью и судьями любой и каждой инстанции (Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., vol. 1, p. 420).

² Одна из целей бразильского гражданского процесса — нахождение истины, однако эта цель не единственная, поскольку процесс не может продолжаться до бесконечности (José Manoel de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, vol. 2, p. 379).

³ Различные императивные сроки, существующие в бразильском процессе, могут рассматриваться в качестве института или метода, направленного на недопущение бесконечного разбирательства (Egas Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. 2, p. 99). Чтобы избежать длительных слушаний, есть в бразильском гражданском процессе норма, устанавливающая, что если ответчик не отвечает в пределах определенного срока, то факты, утверждаемые истцом, могут быть признаны судом установленными в зависимости от контекста и на определенных условиях. Это — техника, позволяющая ускорить процесс (Cândido Dinamarco, *Fundamentos e alcance do efeito da revelia* // Cândido Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo, 2000, p. 951).

⁴ Procedimento monitório (José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, passim.).

(срочная необходимость и возможность поворота) не выполняются, сторона, как правило, должна дожидаться окончательного судебного решения, основанного на полном познании судьей вопросов дела, с тем чтобы этой стороне были присуждены заявленные права.

VIII. «Сложные дела» или массовое производство по обычным вопросам

28. Некоторые производства в бразильском законе, по самому их характеру и применимости, лучше подходят для разрешения сложных юридических вопросов, которые могут затрагивать права многих членов общества. Это особенно характерно для производств, нацеленных на осуществление абстрактного контроля конституционности, а также тех, которые предназначены для защиты коллективных прав.

29. Помимо этого в бразильском гражданском процессе есть несколько инструментов, позволяющих проводить практические и легкие слушания по «типичным» категориям дел, которые вращаются вокруг одних и тех же споров о праве (юридические вопросы)¹. Эти процессуальные средства полностью подходят, например, для разрешения налоговых споров.

30. С другой стороны, сложные дела, которые вовлекают применение общих оговорок, неопределенных понятий, правовых принципов или даже рассматриваются в условиях полного отсутствия явного регулирования статутным правом, оцениваются и разрешаются также надлежащим образом, с учетом всех особенностей рассматриваемого дела.

IX. Принцип пропорциональности в гражданском судопроизводстве

31. В 1999 г. закон о небольших исках (9099 *Lei*) вступил в силу в Бразилии. Согласно двум критериям — сложность и ценность требования — некоторые иски должны быть поданы в суды мелких тяжб. Эти суды составлены из непрофессиональных судей, посредников и регулярных судей. Немедленно после этого был принят закон № 10.259/2001, которым созданы специальные суды в пределах сферы федерального правосудия.

32. В настоящее время считается, что оба упомянутых закона создают юридическую микросистему специальных судов, определяя конкретные процедуры, которые в этих судах применяются. Ведутся оживленные дискуссии относительно того, обязательно ли обращаться в суд мелких тяжб при небольшой цене иска или этот выбор может быть сделан истцом.

33. Кроме того, считается, что неофициальная природа слушаний перед специальными судами может повредить праву стороны на защиту, особенно относительно представления доказательств. По этой причине в законе также сказано, что стороны

¹ Бразильский гражданский процедурный кодекс разрешает слушание обращений, которые вращаются вокруг того же самого юридического вопроса коллективным образом (arts. 543 *B* и *C*).

не лишены возможности заявить требование о рассмотрении дела перед другим компетентным судебным органом в соответствии с законом¹.

34. Нет никакой реальной разницы в способе, которым судья рассматривает дела с небольшими требованиями и надлежащие судебные дела². В Бразилии считается, что отказ принять к рассмотрению и рассмотреть с равной тщательностью дело, которое по ряду критериев может быть оценено как не слишком важное в сравнении с другим случаем, признанным важным, является отказом в правосудии. Нельзя отказать в принятии ходатайств и жалоб (в том числе апелляционных). Существует единственный фильтр, аналогичный немецкому *Grundsätzlichebedeutung* и применяемый только к апелляционным жалобам, адресованным нашему Верховному Суду.

Х. Двусторонние и многосторонние тяжбы

35. Вообще говоря, текущее регулирование общественных отношений — задача законодательной и исполнительной власти. Однако когда что-то не работает или работает плохо (когда есть дисфункция), тогда судебная власть вмешивается, вызванная обычно посредством иска одной из сторон отношений, либо посредством группового иска, поданного лицом, прямо уполномоченным на это статутным правом. Пример: заявление было подано против префектуры Сан-Паулу (муниципальный совет), и судья обязал префектуру зарезервировать вакансии в детском саду для матерей, чтобы они могли оставить детей, когда идут на работу³.

36. В Бразилии существует хорошо развитая система групповых исков⁴. Фактически сложные вопросы часто решаются в этом контексте. В групповых исках, главным образом когда они поданы против правительства, суды должны осуществить сложные функции социальной регуляции. Эту роль все более и более считают одной из главных целей гражданского судопроизводства⁵.

XI. Справедливый результат правосудия или строгий формализм

37. В большинстве случаев⁶ судья в первую очередь обеспокоен обнаружением правильного юридического решения спора. Конечно, когда разрешению подлежит

¹ См. об этом: Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, vol. 3, p. 775.

² Возможно единственное видимое различие — обязанность судей попытаться примирить стороны.

³ См. REsp 736.524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, STJ, 21/03/2006.

⁴ Мы можем говорить о научной революции (Elton Venturi, *Processo civil coletivo*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 24).

⁵ См. об этом: Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004; Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001; Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003; Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ Для юристов-теоретиков традиционными примерами справедливых решений выступают решения о пособиях на ребенка, опеке над младшими, сборах, штрафах, установленных судебными запретами (Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, vol. 1, p. 332).

сложное дело и действия в спорной ситуации явно не описаны или установлены статутным правом, решение должно быть построено с применением аналогии, правовых принципов и даже с использованием ссылок на преобладающий правовой «идеал».

38. Статутное право указывает/устанавливает, что судья должен учесть статутное право, аналогию, традиции и общие правовые принципы при принятии решения (*LICC – Decreto Lei 4057, 4/set./ 42 now called Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, art. 4.^o). Наша Федеральная Конституция (1988) устанавливает: «никто не может быть обязан совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения, кроме как на основании права».

39. За прошлые 30 лет была отмечена тенденция увеличения количества сложных дел. Фактически широкий доступ к правосудию и сложность процессов в современном обществе принесли на рассмотрение судебной власти уникальные и сложные вопросы, часто явным образом не регулируемые статутным правом. Поэтому судья часто должен принимать решения, основанные на соединении таких элементов, как статутное право, аналогия и правовые принципы¹.

XII. Ориентировано ли судопроизводство на рассмотрение дел либо на решение стоящих за ними проблем?

40. Является ли наиболее обоснованным представление о том, что система гражданского судопроизводства должна подходить к рассмотрению дел с точки зрения необходимости найти соответствующее разрешение стоящих за ними проблем? Или дела должны быть эффективно решены средствами, требующими наименьшего количества усилий и расходов со стороны компетентных органов? У нас есть неустойчивое равновесие в этом вопросе. Представляется, что гражданское судопроизводство ясно ориентируется на цель решения проблем по возможности с наименьшими усилиями² и расходами с целью достижения эффективных³ результатов правосудия⁴.

¹ На основе принципа свободной инициативы наш Федеральный верховный суд уже решил, что поставщик не может быть обязан продать свои товары по цене ниже, чем реальная цена того, что он продает (PE 598537). С другой стороны, руководствуясь принципами добросовестности и лояльности, наш Высший суд правосудия также решил, что злоупотреблением со стороны страховой компании являются попытки подписать контракт с клиентом на условиях, полностью отличных от тех, которые были ранее согласованы (REsp 1105483).

² Именно поэтому существует серьезная критика со стороны бразильских юристов чрезмерного количества стадий пересмотра в нашей системе. В них может быть, по крайней мере частично, причина высокой стоимости и чрезмерной продолжительности процесса и большой работы для судей (José Carlos Barbosa Moreira, *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão // Revista de Processo*, 2003, vol. 111, p. 105).

³ Работа об эффективности очевидным образом продемонстрирована в нашем Законе о небольших исках (art. 59, da Lei 9.099/95), который ограничивает формы и основания пересмотра судебных решений.

⁴ Фактически это – старый и традиционный принцип гражданского права для определения эффективности: необходимо прилагать то наименее возможное усилие, которое приводит к удовлетворительному результату (Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, 25. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 79).

ХIII. Свободно доступная публичная служба или полугомерческий источник средств для государственного бюджета

41. Гражданское судопроизводство небесплатно. Нужно заплатить, чтобы использовать его. Однако это нисколько не дорого и уплаченные суммы используются судебной властью непосредственно (например, чтобы купить оборудование). Помимо этого те¹, кто действительно не может заплатить за доступ к суду, могут воспользоваться освобождением от платы (правовая помощь). Согласно действующему бразильскому закону для этого достаточно заявления о бедности или недостаточности средств, подписанного стороной и его или ее адвокатом.

42. Кроме того, закон 9.099 (о мелких претензиях) говорит, что в любом случае производство по данной категории дел в суде первой инстанции является бесплатным.

ХIV. Ориентированность на потребителя или на собственные цели

43. За прошлые 30 лет много изменений было внесено в бразильский закон, чтобы улучшить доступ к правосудию. Считается, что проблема доступа к правосудию заключается в том, насколько легко или насколько трудно для потенциальной стороны использовать судебную систему. Высокая стоимость и продолжительность слушаний — два фактора, которые затрудняют доступ к правосудию.

44. Бесспорно, что в Бразилии существуют адекватные решения для этой проблемы: групповые иски, суды для небольших исков, правовая помощь (как исключение). Кроме того, мы начинаем рассматривать, как мне кажется справедливо, возможность использования альтернативных способов разрешения споров также означает доступ к правосудию. Доступ к правосудию не должен быть понят только как доступ к публичному правосудию. В настоящее время разрабатываются несколько инструментов, чтобы стимулировать использование альтернативных способов разрешения споров.

45. Мы не можем отрицать, что есть некоторые особенности бразильского гражданского судопроизводства, которые явно ориентированы на решение системных проблем.

46. Но есть, конечно, другие, ориентированные на пользователей. Цели гражданского судопроизводства в Бразилии в большой степени определены потребностями непосредственно системы гражданского судопроизводства и ее профессиональных участников: судов, судей, адвокатов. Они обычно предлагают поправки к федеральной Конституции (Ассоциация судей, ОАВ и т.д.). Это верно, мы должны признать, что потребности адвокатов или судей не всегда соответствуют выгоде тех, права которых находятся под угрозой.

47. Однако иногда желания судей, адвокатов, иных профессиональных участников судопроизводства и пользователей совпадают. И если в результате мы имеем улучшения в работе судебной власти — все счастливы.

¹ Включая малые компании в соответствии с STJ, AReg no REsp 1226316/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima and Embargos de divergência em REsp 1015372/SP.

Фу Юлин (*Fu Yulin*)¹

КИТАЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

I. Введение

1. Гражданское правосудие в Китае находится на пути быстрой трансформации. Гражданско-процессуальный закон (ГПЗ) Китайской Народной Республики (*CPL*) был впервые принят в 1982 г. До этого гражданские дела главным образом разрешались путем судебного посредничества, и судебные решения выносились редко. После принятия текущего *CPL* (*CPL* 1991) Верховный народный суд (*SPC*) возглавил судебную реформу, приоритетами которой стали защита частных прав, проверка и ограничение судебной власти посредством процедурной формализации и регулирования судебного посредничества. Однако начиная с конца XX столетия драматический рост числа дел привел к чрезмерному применению упрощенного производства. Эта ситуация является особенно серьезной в основных народных судах, которые отвечают за рассмотрение около 80% всех гражданских дел в Китае. Между тем возрастающие трудности с приведением судебных актов в исполнение и увеличение числа сообщений о судебной ошибке вынудили частично пересмотреть ГПЗ 1991 г. в 2007 г. Пересмотр был сосредоточен только на вопросах повторного разбирательства/возобновления процедуры разбирательства и обеспечения исполнения. В проекте последней редакции ГПЗ 1991 г. (которая может быть принята в 2012 г.) целью реформы стало достижение процедурного разнообразия, основанного на различных ценностях и целях. Суд часто рассматривается как инструмент для продвижения политики правительства. Существует убеждение, что судебная система склонна корректировать свои цели для удовлетворения политических потребностей³.

II. Цели гражданского судопроизводства

2. Статья 2 ГПЗ 1991 г. называет 11 «задач» гражданского судопроизводства. Преобладающее мнение заключается в том, что эти задачи можно свести к двум основным целям судопроизводства: (1) защите прав сторон; (2) обеспечению общественного порядка.

3. Преобладающее представление ученых — то, что есть потребность найти неустойчивое равновесие между этими двумя главными целями (или даже множественностью целей) с акцентированием защиты частных прав. Суды, однако, главным образом сосредотачиваются на том, чтобы поддерживать «общественный порядок» (вместо «правопорядка»). Относительно цели урегулирования споров некоторые ученые подчеркивают важность усиления роли сторон в том, что касается распоряжения их собственными частными интересами и процессуальными правами

¹ Профессор Пекинского университета Пекина (*Peking University*) (Китай).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен кандидатом юридических наук Д.Г. Нохриным (Конституционный Суд РФ).

³ Ср. годовые отчеты Верховного народного суда с сообщениями Центрального комитета Китайской коммунистической партии за тот же период времени.

на слушаниях¹, в то время как суды все более и более сосредоточиваются на урегулировании споров с целью преодоления повышающейся нагрузки с помощью процедур посредничества под эгидой «социальной гармонии». Начиная с рубежа веков цель «защиты прав» была заменена целью «поддержания общественного порядка»².

III. Предметы, лежащие в сфере правосудия по гражданским делам

4. В соответствии со ст. 3 ГПЗ 1991 г. в область гражданского судопроизводства входит судебное принятие решения или посредничество в урегулировании гражданских споров, декларация неоспариваемых прав и состояний, взыскание неоспариваемого долга посредством судебного приказа и принудительное исполнение судебных решений. Кажется, что цели гражданского судопроизводства не только охватывают рассмотрение споров, но и распространяются на другие вопросы, особенно на исполнение решений.

5. Согласно преобладающим мнениям, главная цель исполнения состоит в том, чтобы реализовать права кредитора, вынуждая должника выполнить его обязательства; но в фактической практике суда цель «социальной гармонии» подчеркнута в процедуре исполнения. Достижение «урегулирования» на стадии исполнения стало почти нормой (обычно достигается посредничеством суда). В соответствии с целью гармонии редко используется процедура банкротства, чтобы не вызвать безработицу.

6. В процедуре взыскания неоспариваемого долга (судебное требование уплаты) цель защиты права все еще нуждается в укреплении. Инструкции облегчили для должника (освободив его от процедурных расходов) возможность представлять любые возражения на передачу требований об уплате неоспариваемого долга в процедуру тяжбы. Инструкции сделали это слишком трудным для кредитора — передать вопрос о неоспариваемом долге в процедуру рассмотрения спора, поскольку должник может легко возразить против передачи. Именно поэтому процедура взыскания неоспариваемого долга составляет не больше, чем 1% гражданских дел первой инстанции в Китае. Разработчики новой редакции ГПЗ убеждают в необходимости разработки более легкого механизма передачи требований об уплате неоспариваемого долга из процедуры судебного требования уплаты в процедуру рассмотрения спора.

IV. Защита индивидуальных прав или защита публичного интереса

7. В контексте социалистического общества, основанного на государственной собственности, представление о защите общественного интереса довлеет над гражданским судопроизводством. Но это представление привело к наделению судей слишком большими дискреционными полномочиями, что позволяет им вмешиваться в вопросы распоряжения сторонами своими частными правами.

¹ Tong Weijian, *Market Economy and Looking into the Future of Civil Procedure Law* // *Forum of Politics and Law* 1/1997.

² См. документы Верховного народного суда: *Мнения об обеспечении судебных гарантий для строительства гармоничного социалистического общества*, 30 января 2007 г.; *Мнения о дальнейшей позитивной роли судебной медиации в создании гармоничного социалистического общества*, 5 марта 2007. Сравните перечисленное с решением Центрального комитета Коммунистической партии Китая: Решение о построении гармоничного социалистического общества, 11 октября 2006 г.

8. Согласно принципу, закреплённому в ст. 12 ГПЗ 1991 г., стороны наделены правом осуществлять и распоряжаться своими процессуальными и материальными правами в гражданском процессе. Но суд должен убедиться, что осуществление таких прав не нарушает интересы государственного, социального и общественного порядка, или интересы третьего лица (стороны, не вовлеченной в тяжбу). Если такие нарушения существуют, суд может (среди других мер) отказать истцу в отзыве иска (ст. 131 ГПЗ 1991 г.), полностью пересмотреть решение суда первой инстанции, игнорируя ограничение апелляционных требований¹, и отказаться обеспечить принудительное исполнение решения третейского суда (ст. 213 и 258 ГПЗ 1991 г.). Однако перечисленные меры редко применяются на практике². И даже если судьи действительно принимают политику во внимание, они редко включают политические мотивы в свое судебное рассуждение, за исключением случаев, когда стороны явно указывают на проблемы, связанные с политикой³. Единственное исключение — семейные трудовые дела. В семейных делах судьи должны рассмотреть такие факторы, как интересы детей и пожилых людей, этические аспекты и местные обычаи. В трудовых спорах и закон, и суды склонны защитить работника. В этих случаях соображения государственной политики обычно обнаруживаются в суждениях судей независимо от того, указывали ли стороны на проблемы, связанные с политикой⁴. Но, кажется, нет никаких других привилегий, связанных с политикой.

9. Однако политические соображения действительно все время влияют на судебные решения. Но такие соображения не обнародуются (поскольку они явно не заявлены в суждениях). Для судей трудно проигнорировать соображения политики, когда наиважнейшая идеология судов (в соответствии с которой оценивается работа судьи) требует, чтобы гражданское судопроизводство было направлено на «интеграцию правовых последствий и социального эффекта».

10. Понятие «судебная независимость» является новым для китайцев. Влияние национальных или местных интересов и представления правящих элит или масс на рассмотрение гражданских дел ставит законность затронутых решений под сомнение. В то время как даже адвокат может просить суд принять эти внесудебные факторы во внимание в некоторых случаях, только немногие судьи открыто приняли бы и включили бы их в свои суждения. Эти внесудебные влияния часто происходят через неофициальные каналы. Примеры таких влияний — правительственные чиновники, пытающиеся влиять на суды посредством телефонных звонков или направления им всяческих меморандумов; массы, подающие административные прошения против суда или организующие осады в Интернете; эксперты, комментирующие юридические аспекты действий сторон или суда, и т.д. Иногда такие внесудебные соображения сохраняются в отчете «комитета по судопроизводству»

¹ Статья 36 Мнения Верховного народного суда по вопросам реформы гражданского судопроизводства, 1999 г.

² Чаше всего эти правила применяются для защиты интересов третьей стороны в процессе.

³ Это часто случается в процессах, касающихся присуждения/взыскания иностранных долгов, однако суды редко воспринимают политические доводы как «публичный интерес», «публичный порядок» или «социальную политику».

⁴ См. ст. 47–49 Закона о медиации и арбитраже в трудовых спорах, принятого 29 декабря 2001 г. Практика может быть найдена на сайтах: <http://www.lawyee.net/Case/Case.asp>; <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/cas/index.asp>

суда и являются доступными только для тех субъектов, у кого есть власть «судебного надзора», но они никогда не доводятся до сведения сторон или общественности.

11. Преобладающее представление заключается в том, что вопросы политики должны быть надлежащим образом рассмотрены и определены судом, осуществляющим свою дискреционную власть, с полным раскрытием мотивов, которыми руководствовался суд, в решении. Вопросы, затрагивающие национальные интересы, и вопросы безопасности должны быть разрешены судом *ex officio*; другие вопросы, такие как правительственные программы, подавление незаконной деятельности, соображения национальной безопасности, обязательства конфиденциальности, профессиональные привилегии и т.д., должны быть представлены сторонами.

12. Кроме сторон и суда, прокуратура считается надлежащим органом, у которого есть полномочия и обязанность обеспечить цели гражданского судопроизводства и который наделен правом вмешаться в судебный процесс.

13. В соответствии со ст. 129 Конституции КНР прокуроры (всех уровней) являются государственными органами правового надзора. Соответственно, надзор прокуратуры за деятельностью суда является одним из принципов ГПЗ и ГПЗ 1991 г. Прокуроры могут оспаривать вступившие в силу решения и обязывать суд возобновлять производство с целью исправления судебных ошибок в каждой из 13 ситуаций, перечисленных в ГПЗ 1991 г. Их надзорные полномочия были даже расширены в редакции ГПЗ 2007 г.

14. Споры по поводу прокурорского надзора за судебными действиями не утихают со времени принятия ГПЗ. Преобладающее мнение заключается в том, что возможность прокурорского вмешательства должна быть ограничена узкими рамками обстоятельств дела, такими как вынесение судебного решения вопреки сложившейся практике и прецеденту (если таковой в будущем появится в Китае); отношения гражданской принадлежности, затрагивающие вопросы публичного порядка и устоявшихся традиций; тяжбы, связанные с массовым причинением убытков и публичными интересами; дела о банкротстве, затрагивающие социальный и экономический порядок. Однако, несмотря на дебаты, прокурорские полномочия не только не ослабевают, но даже усиливаются в современном политическом ландшафте Китая. Прокуроры даже ратуют за расширение полномочий по надзору за судами в исполнительном производстве.

15. Кроме прокуроров, народные советы также имеют возможность осуществлять надзор за работой судов (как и прокуроров) посредством рассмотрения их ежегодных отчетов, снятия и назначения председателей судов, периодической проверки судебной работы (включая особые решения) и передачи жалоб сторон на рассмотрение в суд и прокуратуру с определенными указаниями или без таковых. Практически посредством вышеупомянутых полномочий народные советы могут оказывать давление на председателей судов, у которых есть правомочие дать указание Комитету по судопроизводству, входящему в структуру суда, вынести или отменить соответствующее судебное решение.

V. Правильное установление обстоятельств дела или необходимость обеспечить эффективную и своевременную защиту прав

16. С 1990-х гг. суды пытались найти баланс между желанием правильно установить факты и потребностью обеспечить эффективную защиту прав в пределах

соответствующего времени. Как это ни парадоксально, излишнее преследование процедурной целесообразности привело к высокому показателю обращений (как следствие жалоб сторон о судебных ошибках) и частому пересмотру судебных дел, что делало систему в целом все более и более неэффективной и дорогостоящей.

17. По ГПЗ 1991 г. гражданское дело в первой инстанции должно быть рассмотрено в течение шести месяцев в соответствии с обычной процедурой и в течение трех месяцев в соответствии с ускоренной процедурой. Кроме того, еще три месяца предусмотрены для рассмотрения дела судом второй инстанции (как заключительной инстанцией). Большинство основных судов выполняет реформу, известную как «кратчайший путь», согласно которой дело должно быть рассмотрено в течение не больше, чем приблизительно 30 дней; стороны, заключив специальное соглашение, могут даже отказаться от права обратиться в апелляцию. Много ученых призывают суды замедлять слушания и путем уделения соответствующего объема времени способствовать справедливости судебного решения. Теперь Верховный народный суд (далее – ВНС) и многие местные суды пытаются разделить сложные и простые дела таким образом, чтобы при рассмотрении первых выносить модельные решения, которые могут в дальнейшем послужить образцом для практики, а при рассмотрении вторых руководствоваться соображениями эффективности.

VI. Развитие прецедентного права или массовое рассмотрение рутинных дел

18. Трудные дела не приветствуются в судах и последние часто отказываются от их рассмотрения на стадии регистрации обращений (проверки соответствия требованиям закона). ВНС однажды выразил мнение о необходимости проинструктировать суды низшей инстанции временно не принимать некоторые новые типы дел. Эти инструкции сильно критиковались учеными. Местные суды часто отказывались зарегистрировать обращения, как правило, в сфере гражданской юрисдикции судов, в случаях, когда таковые являлись тесно связанными с социальной политикой или если их рассмотрение могло послужить предпосылкой обновления юридической практики. Даже если такие дела успешно проходят «строгую» стадию принятия к рассмотрению, они главным образом разрешаются посредством судебной медиации. Таким образом, общественности трудно обеспечить судебное решение по «горячей» проблеме, потому что чем «горячее» дело, тем больше вероятность, что его рассмотрение закончится судебным урегулированием или отказом истца от иска.

19. Главная причина осуществления такой судебной дискреции состоит в том, что суды в целом не приобрели статус, достаточно высокий для обращения с этими новыми типами дел, уязвимых для влияния политики. Другая важная причина состоит в том, что преобладающая цель гражданского судопроизводства (т.е. обслуживание социальной гармонии) имеет ключевое влияние на каждого судью. Поскольку судья расценивает дело как спор или проблему, которая должна быть решена, а не как нарушенное право, которое следует защитить, и не как нарушенную норму, которая должна быть реализована, то он склонен обращать внимание на проблему непосредственно и предпочитает избегать существующие проблемы (трудные дела) и воздерживаться от создания новых проблем (риск новшества). Справедливости ради стоит отметить, что ВНС фактически играет очень важную роль в определении

и разъяснении новых юридических вопросов в таком переходном обществе, как Китай. Но делает это не средствами судебного прецедента, а давая краткие ответы на вопросы судов нижестоящих инстанций в конкретных случаях.

VII. Пропорциональность между делом и процедурой

20. Широко признано в Китае, что дела должны рассматриваться в различных процедурах в соответствии с их природой, ценностной ориентацией и прецедентным значением, или чтобы обеспечить такое внимание к делам, какого они заслуживают. В соответствии с этой концепцией есть два типа процедур, обеспеченных ГПЗ 1991 г., а именно «обычная процедура» и «ускоренная/простая процедура». Однако упомянутые процедуры были раскритикованы по тем причинам, что «формализованная процедура формализована в недостаточной степени», в то время как «упрощенная является недостаточно простой».

21. Как ответ на упомянутую критику в некоторых основных судах с высокой нагрузкой были введены экспериментальные схемы «кратчайшего пути», которые позволяют рассмотреть спор в порядке более эффективном и гибком, чем «ускоренная/простая процедура», и использовать более широко судебное посредничество, в то время как в некоторых вышестоящих судах промежуточных и высоких инстанций сложные дела или дела большой социальной значимости рассматриваются способами, более специализированными и формализованными, чем «обычная процедура». Вышеупомянутые механизмы (работая в различных направлениях) гарантируют удовлетворение разнообразных потребностей гражданского судопроизводства и активно продвигаются ВНС.

22. В версии проекта пересмотренного ГПЗ 1991 г. предложена отдельная процедура для мелких исков, в соответствии с которой планируется рассматривать денежно-кредитные и другие имущественные требования на сумму меньше чем 6000 китайских юаней (в случае денежных требований) или 10 000 юаней (для иных имущественных требований). Однако эта процедура все еще активно обсуждается¹.

23. Обычная процедура, в которой дело рассматривается коллегиально (в противоположность рассмотрению дела единственным судьей), является, как подчеркнуто выше, формализованной и специализированной, так, чтобы делам, которые являются сложными, имеют большую социальную значимость или в которых спорное имущество является существенным, было уделено больше внимания. Однако стороны часто поощряются с тем, чтобы они отказались от обычной процедуры и выбрали упрощенную процедуру по соглашению.

VIII. Многосторонние споры

24. Вышеупомянутые принципы гражданского судопроизводства одинаково применимы к решению простых дел, где участвуют две стороны, и сложных многосторонних дел. Процедура разрешения многосторонних споров разработана таким образом, чтобы объединить случаи аналогичных споров и решить их одновременно.

¹ Fu Yulin, *Small claims v. procedures classification/systematization* // *Tsinghua L. Rev.* 3/2011.

но, дабы избежать противоречивых суждений и в то же время поддержать общественный строй, увеличить судебную эффективность и сделать равными условия для сторон, находящихся в различном имущественном положении с тем, чтобы достигнуть большей справедливости. Несмотря на вышеупомянутое, практически судьи отказываются рассматривать многосторонние дела и даже принимать групповые иски из-за их сложности, неуправляемости и непредсказуемости. Эти иски также могут вызвать политическое вмешательство из-за высокого уровня социального внимания, которое они могут привлечь. Те групповые иски, которые все же принимаются судами, главным образом разрешаются судебным посредничеством или отзываются после урегулирования. Это укрепляет представление о том, что цель урегулирования споров сравнительно более важна, чем защита прав.

IX. Справедливые результаты или строгий формализм

25. В китайской юридической культуре и судебном обычае достижение справедливого результата и субстантивного правосудия всегда было приоритетом, и меньше акцентировалось строгое следование формализму или укрепление принципа законности. В 1990-х гг. некоторые судебные реформаторы и исследователи защищали новое представление о том, что цель гражданского судопроизводства и правильного юридического решения может быть достигнута строгим применением закона; это новое представление дало начало судебному принципу «берут факты в качестве основания и законы в качестве критерия» и обеспечило его официальное признание. Однако прежде чем это понятие и судебный принцип были широко приняты судьями, «чтобы найти правильное юридическое решение применением закона» (даже не «строгим»), противоположное понятие «активного правосудия» стало внедряться в практику в последние годы. Концепт «активного правосудия» направлен на исправление ситуаций, где при отсутствии нормы, непосредственно регулирующей спорные отношения, осуществляется применение и интерпретация законов, лежащих вне контекста дела и не подходящих для спорной ситуации настолько, что их применение ослабляет субстантивное правосудие. Это может быть оценено как регресс, так как понятие «активного правосудия» лежит в русле политической установки на «объединение правовых последствий и социального эффекта» в гражданском судопроизводстве. Однако большинство ученых и некоторые высокопоставленные судьи настаивают, что применение «активного правосудия» не должно переступать через судебные функции, изложенные в законе, иначе гражданское судопроизводство будет не чем иным, как простым политическим инструментом.

X. Решение правовой проблемы или рассмотрение дела в строгом соответствии с процедурой

26. В Китае ответы на этот вопрос являются сложными и внутренне противоречивыми. С одной стороны, ограничение времени, направленное на то, чтобы закрыть дело в течение трех — шести месяцев согласно ГПЗ, и статистическая оценка судебной деятельности заставляют суды и судей сосредоточиваться на рассмотрении дела; с другой стороны, политические требования и судебная полити-

ка центральной власти основаны на философии «решения проблемы» («Ан Жи Ши Лиэо», или «чтобы покончить с проблемой, заканчивая рассмотрение дела»), которая требует, чтобы судьи нашли соответствующее разрешение спора. Однако понятие «соответствующий» в китайской юридической культуре не означает «юридически соответствующий» (столь же оцениваемый законом) или «законный» (как оценивающийся естественным правом или здравым смыслом общественности), но обозначает «приемлемый» (как оценивающийся сторонами). В силу этой философии, если сторона не удовлетворена решением, даже при том, что оно является окончательным и исполненным, стороны могут все еще подать прошение различным властям, включая суды, прокуратуру, омбудсмена, конгресс, правительство, конкретных политиков, Правовой комитет Партии и т.д. («попасть на прием, подать письмо/жалобу/ходатайство»). Отчет о таких жалобах может бросить тень на судью относительно его/ее оценки, независимо от факта, что только меньше чем 1% дел, в связи с которыми подаются такие прошения, может быть пересмотрен с помощью процедуры, называемой судебным надзором.

27. В свете вышеизложенного цель китайского гражданского судопроизводства состоит в том, чтобы и проблему решить, и дело рассмотреть. Как ни странно, ни одна из этих целей не достигается полностью. Доминирующее представление ученых заключается в том, что китайская система гражданского судопроизводства должна рассматривать дела в целях нахождения соответствующего разрешения лежащих в их основе проблем. До тех пор пока «надлежащее разрешение» не будет признано «юридически соответствующим», правосудие отделено от политического влияния, а рассмотрение дел разумно замедлено, эта цель гражданского судопроизводства останется недостигнутой.

XI. Общедоступная государственная услуга или полукommerческий источник доходов для государственного бюджета

28. Конституция КНР не закрепляет таких прав, как право на «доступ к правосудию» или право на «надлежащий судебный процесс»¹. В 1980-х и в начале 1990-х гг. суды работали как коммерческие учреждения, где доходы были производны от тяжб в местных судах, чтобы покрыть бюджетные дефициты. С начала 1990-х гг. важной частью судебной реформы стала финансовая реформа, которая предполагала отделение финансового бюджета от дохода судов, полученного из судебных сборов. Однако в настоящее время большинство местных органов власти продолжают составлять планы бюджета относительно своих судов, основывая или связывая их с размером «вклада» судов в местную казну. Учитывая такой фактор, китайское гражданское судопроизводство остается квазикommerческим источником дохода для общественного бюджета, что приводит иногда к возложению на стороны некоторых дополнительных издержек вне инструкций, установленных Верховным

¹ Вместо этого гражданам предоставлено право обжаловать решения государственных органов и должностных лиц согласно ст. 32 Конституции КНР. Это так называемое право на обжалование забавным образом рассматривается в качестве конституционного источника права на обжалование вступивших в законную силу судебных решений, предположительно содержащих ошибки.

судом¹. Чтобы разрешить эту проблему, Государственный совет ввел новый порядок, подготовленный Министерством финансов в 2006 г.

29. Непроницаемый для критики порядок регулирования взносов за рассмотрение дела вместе с обычаем финансировать деятельность судов из местных бюджетов ставят независимость суда под угрозу. Есть ученые, которые поддерживают представление, что гражданское судопроизводство должно расцениваться как общедоступная государственная услуга, объясняя это тем, что когда в гражданских процессах участвуют только налогоплательщики (публичная услуга, которая финансируется всеми налогоплательщиками), то при решении их частных споров и защите их собственных интересов распределение между тяжущимися высоких судебных расходов будет разумным. Кроме того, гражданский процесс рассматривается как средство уравновесить процедурные права и обязательства между сторонами посредством распределения судебных расходов². Поскольку регулирование судебных сборов, введенное в 2006 г., отменило некоторые виды сборов и уменьшило размеры других, что привело к заметному увеличению количества дел, в том числе безосновательных тяжб, постольку в настоящее время доминирует представление о необходимости принятия новых правил, которые исправили бы ситуацию³.

ХII. Ориентация на потребителя или на интересы судебной системы

30. Изначальное намерение законодателя (конгресса) состояло в том, что система гражданского судопроизводства должна обслуживать потребности пользователей. Но несколько факторов такое намерение подорвали. Первый фактор заключался в том, что участники законодательного процесса — это главным образом старшие судьи и профессора, прокуроры и только в небольшом числе адвокаты. Так как адвокаты являются нижестоящими по отношению к судам с точки зрения статуса и финансовых возможностей, оригинальное намерение конгресса могло бы быть выхолощено, хотя ученые среди этой группы обычно борются за права лиц, участвующих в деле. Во-вторых, действующий ГПЗ является настолько громоздким и устаревшим, что судебная власть на практике во многом основывается на «судебных интерпретациях», исходящих от Верховного народного суда, который, естественно, преследует в первую очередь свои эгоцентричные цели, а не цели тех, чьи права под угрозой.

31. С точки зрения потребителя, цели правосудия, установленные в ГПЗ, в частности цель защиты частных прав, не являются ни достаточными, ни обеспеченными; цель обеспечить эффективное урегулирование споров инвертирована известными дефектами в судебной процедуре и отказами судов рассматривать некоторые сложные/социально значимые дела; цель поддержания общественного порядка и воспитания граждан практически нивелируется возможностью легкого и неоднократного обжалования вступивших в силу решений. В проекте новой

¹ Liao Yongan, *Researches on legal fees, in the perspective of protection of access to justice*, Beijing, Press of China University of Political Science and Law, 2006.

² Fu Yulin, *Nature and bear of legal costs* // *Peking University L. Rev.*, 2001, vol. 1/4.

³ Wang Yaxin, *Court fees and judicial reform, a interim observation after implement of the new regulation* // <http://www.110.com/ziliao/article-149671.html>; Su Li, *Professionalism of justice and social demand/want for justice* // <http://www.douban.com/group/topic/8920891> (дата посещения сайта: 29 августа 2011 г.).

редакции ГПЗ 1991 г. разработчики от конгресса уделяют больше внимания нейтральным предложениям ученых, которые предполагают большую ориентацию на пользователей, интересы которых находятся под угрозой.

Дэвид Чан (*David Chan*), Питер Чан (*Peter Chan*)¹

КИТАЙСКИЙ (специальный административный район Гонконг) НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

I . Введение

1. В настоящем докладе содержатся ответы на вопросы, сформулированные в опросном листе для национальных докладчиков профессором А. Узелачем (далее — Вопросник) в приложении к основному докладу о целях правосудия по гражданским делам на конференции Международной ассоциации процессуального права в Москве, РФ (сентябрь 2012 г.). Настоящий доклад был завершен в октябре 2011 г. и касается исключительно Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики.

II. Превалирующие взгляды на цели правосудия по гражданским делам

2. Превалирующие взгляды на цели правосудия по гражданским делам охватывают недавнюю реформу гражданского правосудия в Гонконге (РГП). С момента вступления в силу РГП в 2009 г. суд руководствуется основными целями, утвержденными Измененными правилами Верховного суда (ПВС) (гл. 4 А)³.

В ходе любого судебного разбирательства стороны и их законные представители должны содействовать суду в конечном осуществлении основных целей⁴. Реализация основных целей стала ключевой целью судопроизводства по гражданским делам в Гонконге.

¹ Профессора Городского университета Гонконга (*City University of Hong Kong*) (Гонконг).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен М. Ломко (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ РНС О.1А, г.1 гласит:

«Основные цели данных правил:

(a) увеличить экономическую эффективность любой практики и процедуры в отношении производства по делу с суде;

(b) обеспечить рассмотрение дел так быстро, насколько это практически возможно;

(c) стимулировать чувство разумной пропорции и процессуальной экономии при проведении разбирательства;

(d) обеспечивать справедливость между сторонами;

(e) содействовать урегулированию споров, а также

(f) обеспечить справедливое распределение ресурсов Суда.

⁴ РНС О.1А, г. 3.

3. РГП нацелена на эксцессы состязательной системы (например, чрезмерные задержки и излишние сложности в системе) и стремится улучшить экономическую эффективность правосудия по гражданским делам Гонконга¹. Реформа была вызвана основополагающими требованиями процессуального и материального производства². В результате РГП наблюдается качественный сдвиг в системе гражданского правосудия Гонконга от преобладающего упора на «правосудие по услугам» (или правосудие по существу) к «трехмерной концепции правосудия», согласно которой процессуальная эффективность так же важна, как и правильность судебного решения³. Цель производства по гражданским делам вышла за пределы поиска чистого производства по существу и охватила собой многогранный план действий, предусматривающий повышение эффективности и разумной пропорциональности, а также заключение мирового соглашения. Для реализации этого плана действий на судью были возложены широкие полномочия по управлению⁴. Судья может осуществлять эти полномочия по ходатайству или по собственной инициативе⁵. Новый судебный режим управления охватывает как процессуальные полномочия⁶, так и материальные полномочия⁷ по управлению делом⁸.

4. РГП далеко не означает полный переход на следственный подход. Стороны по-прежнему активно участвуют в обычном гражданском разбирательстве. Осуществляется принцип представительства сторон. РГП сделала это, чтобы сократить недостатки состязательности и одновременно сохранить лучшие черты состязательной системы⁹.

5. Система гражданского правосудия — больше чем просто «площадка» для урегулирования споров. Суд по гражданским делам выполняет важную государственную работу правоохранительных органов. Спорящие обращаются в суд для защиты своих законных требований и прав. Нереально задействовать целиком все возможные ресурсы в каждом конкретном случае, независимо от его важности. Чтобы эффективно выполнять свои общественные функции, суд должен распределять ресурсы справедливо и правильно. Система должна снизить общую стоимость и время судопроизводства, поддерживая *ADR*, активное управление судебным делом и не прекращая попытки упрощения процедур. Сохраненные финансы и время могут быть направлены на улучшение общего качества разрешения дела. Цукерман отмечает, что государственная служба считается соответствующей требованиям, если она является «эффективной, действенной и справедливой»; эти требования

¹ Chief Justice's Working Party on Civil Justice Reform (Working Party), *Civil Justice Reform: Final Report*, Hong Kong, 3 March 2004, p. 10 (para. 31).

² Ibidem.

³ A. Zuckerman, *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation* // *City University of Hong Kong L. Rev.*, 2009, vol. 1(1), p. 49.

⁴ RHC O.1B, r. 1.

⁵ RHC O.1B, r. 2.

⁶ К примеру, полномочие отложить или перенести слушание дела: RHC O.1B, r. 1(2)(b).

⁷ К примеру, полномочие по исключению вопроса из рассмотрения: RHC O.1B, r. 1(2)(j).

⁸ Помимо этого срочное присвоение суду широких полномочий по управлению делом.

⁹ Legislative Council Panel on Administration of Justice and Legal Services, *The First Year's Implementation of the Civil Justice Reform from 2 April 2009 to 31 March 2010*. Hong Kong. *LC Paper* No. CB(2)591/10–11(06), December 2010, p. 1 (para. 3).

он назвал тремя императивами любой государственной службы¹. В Гонконге гражданское судопроизводство стремится найти баланс в управлении судебным делом, необходимый для достижения этих императивов.

6. Объем, в котором основные цели могут быть проведены в жизнь, во многом зависит от осуществления судом своих дискреционных полномочий². Суд должен решительно и принципиально осуществлять свою линию управления делом и соблюдения процессуальных сроков³. Если суд не соблюдает в достаточной мере сроки и слишком легко предоставляет освобождение от санкций, старая проблема задержки решения будет продолжать существовать⁴. Суды в Гонконге в основном обеспечивают сроки рассмотрения дел после РГП. В деле *Nanjing Iron & Steel Group International Trade Co Ltd и другие против STX Pan Ocean Co Ltd и другие*⁵ суд первой инстанции (СПИ) поддержал ходатайство истца о неоправданной задержке на том основании, что она идет вразрез с основными целями.

III. Вопросы, рассматриваемые в рамках производства по гражданским делам: неоспоримые вопросы (например, ADR, правоприменение)

7. Цели гражданского судопроизводства не ограничиваются строго судебным разбирательством. Гонконгский суд рассматривает неоспариваемые вопросы (например, правоприменение и ADR), придавая им большое значение.

8. Система гражданского судопроизводства в Гонконге предлагает ADR⁶. Успешное разрешение споров посредством ADR экономит расходы и время. Это также способствует сохранению будущих отношений между сторонами. В Практической директиве 31 (ПД 31) определены процедуры, подталкивающие стороны к урегулированию их споров путем посредничества. Урегулирование спора путем переговоров само по себе не составляет ADR, и ПД 31 применяется только к медиации⁷. Суду при осуществлении своих полномочий в отношении расходов следует учитывать основные цели (в том числе цель содействия урегулированию спора), при реализации которых расходы могут быть оправданными⁸. Суд может вынести неблагоприятное решение по вопросу о распределении судебных издержек в отношении выигравшей стороны, которая необоснованно отказалась подчиниться процессу медиации по требованию другой стороны⁹. При осуществлении своего усмотрения суд руководствуется ПД 31¹⁰ и прецедентным правом.

¹ Как замечает Цукерман, *[like] its criminal counterpart, the civil court provides a public service that is crucial to the maintenance of a society governed by the rule of law: a law enforcement service* (A. Zuckerman, *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation* // *City University of Hong Kong L. Rev.*, 2009, vol. 1(1), p. 53).

² A. Zuckerman, *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation* // *City University of Hong Kong L. Rev.*, 2009, vol. 1 (1), p. 56.

³ Ibid, p. 62–69.

⁴ Ibid, p. 70.

⁵ HCAJ 177/2006.

⁶ RHC O.1A, гл. 1(e), 4(2)(e) и 4(2)(f).

⁷ Para. 3 of PD 31.

⁸ RHC O.62, гл. 5(1)(aa).

⁹ Para. 4 of PD 31.

¹⁰ В частности, § 5 ПД 31.

9. Гражданский процесс Гонконга серьезно относится к правоприменению. Множество соответствующих инструментов правоприменения доступно в случае, если проигравшая сторона отказывается выполнять решение. Способы правоприменения, доступные для взыскателя (в отношении денежного решения), зависят от характера вынесенного решения¹. Различные способы правоприменения — средство судебной защиты при нарушении договора².

IV. Защита прав личности или защита публичных интересов

А. Внимание к публичным интересам

10. *Судебное разбирательство в защиту публичных интересов.* Общественный интерес в Гонконге принимает форму судебного контроля³. Дискуссия сосредоточена на объеме, в котором суд может выносить решения по вопросам, касающимся публичных интересов (например, охрана окружающей среды). Основания судебного пересмотра ясны. Суд не имеет конституционной обязанности изучать достоинства политических или административных решений. Таким образом, предметом любого внимательного изучения судом решений, связанных с публичным интересом, является их законность и процессуальная обоснованность.

11. *Особенности РГП.* Судебное разбирательство за неуважение к суду может быть возбуждено против человека, который делает ложные заявления в документе, подтвержденном под присягой без искренней веры в его истинность. Рабочая группа сочла, что важным публичным интересом является предупреждение стороны о недопустимости сознательного введения в заблуждение суда и других сторон, и процедуры в поддержку этого общественного интереса должны оставаться доступными.

12. *Права третьих лиц.* Система судопроизводства по гражданским делам в Гонконге серьезно подходит к правам третьих лиц. Примером может служить средство судебной защиты для определения прав третьих лиц на спорную вещь. Третья сторона может предъявить иск в отношении имущества, которое арестовано или будет арестовано судебными приставами во исполнение судебного приказа об обращении взыскания на имущество должника. Взыскатель, судебный пристав и третье лицо (вместе — заявители) предстанут перед судом. В несложном деле суд может в упрощенном порядке определить спорный вопрос заявителей и принять постановление в соответствии с такими условиями, которые могут быть справедливыми. Если есть спорные вопросы между заявителями, факты могут быть изложены судом⁴.

Б. *В каком объеме гражданские процедуры должны достигать результатов, соответствующих определенной политике (например, профессиональные льготы)?*

13. Представление и изучение документов⁵ — жизненно важная процедура для всех гражданских дел в Гонконге⁶. Документы, которые имеют отношение

¹ M. Wilkinson, E.T.M. Cheung, C.N. Booth (eds.), *A Guide to Civil Procedure in Hong Kong*, 3rd ed., Hong Kong, LexisNexis, 2009, p. 765.

² Ibidem.

³ RHC O.53.

⁴ См.: M. Wilkinson, E.T.M. Cheung, C.N. Booth (eds.), *A Guide to Civil Procedure in Hong Kong*, 3rd ed., Hong Kong, LexisNexis, 2009, p. 796. Также см. O.17 RHC, p. 5 (1) (6) и 5 (2).

⁵ RHC O.24 и O.24 *Rules of the District Court*, Cap. 366H (RDC).

⁶ *Commerciale Du Pacifique v. The Peruvian Guano Co.* (1882) 11 QBD 55.

к ключевым вопросам между сторонами, должны быть доступны¹. Однако их представление имеет ограничения. Профессиональные привилегии в силу закона (*LPP*) являются краеугольным камнем системы правосудия в Гонконге, будь то гражданское или уголовное правосудие. Их важность была выгравирована в руководствах и кодексах, регулирующих поведение юристов в Гонконге. Политико-логическое обоснование *LPP* судья *Bokhary* объяснил следующим образом: «То, что клиенты откровенно раскрывают голую правду своим адвокатам, совершенно очевидно способствует надлежащему отправлению правосудия. И, конечно, закон не настолько наивен, чтобы предположить, что такую откровенность можно с уверенностью ожидать на практике, если раскрытие содержания общения между клиентом и адвокатом не может быть принудительным»².

14. Что касается фундаментального характера *LPP*, судья *Bokhary* также заявил: «...Правила, составляющие эту привилегию, являются рациональными и практичными, существуют в интересах общества и включают в себя важное право, принадлежащее клиенту. В Гонконге это право является конституционным. Оно содержится в оговорке, посвященной конфиденциальной правовой консультации, статья 35 Основного закона. Этой статьей предусмотрено, что «жители Гонконга имеют право на конфиденциальные юридические консультации», — право, которое наши суды всегда будут соблюдать, чтобы предоставлять надлежащую защиту»³.

С. Какие вопросы суд должен (в контексте целей гражданского судопроизводства) решать?

15. В осуществление основных целей суды наделены полномочиями принимать постановления по собственной инициативе⁴.

16. Ответы на вопросы, которые суд должен определить «в силу занимаемой должности», могут быть найдены в ПВС (п. 18, § 19). После реализации РГП вступили в силу положения, которые дают право суду по собственной инициативе на любой стадии судебного разбирательства прекращать производство по делу, давать указания об изменении ходатайств или индоссамента, давать указания в отношении действий, приостанавливающих судопроизводство или иницилирующих разбирательство.

Д. Какие другие лица или органы (кроме суда и сторон), имеющие обязанность обеспечить достижение целей гражданского судопроизводства, имеют право вмешиваться по этому поводу в судебный процесс?

17. Судебная власть в Гонконге независима от правительства и законодательной власти. Таким образом, вмешательство в судебный процесс запрещено конституцией⁵. Однако исключения из этого правила могут быть, например, для случая, если компания находится в процессе ликвидации деятельности⁶. Стоит ожидать

¹ Цель раскрытия: (1) чтобы другая сторона знала, в каком случае она должна ответить, (2) чтобы другой стороне избежать возможности быть застигнутой врасплох, (3) содействовать урегулированию, зная сильные и слабые стороны дела.

² *Solicitor v. Law Society of Hong Kong (2006) 9 HKCFAR 175*, p. 185 (paras. A–B).

³ *Ibid*, p. 185 (para. C–F).

⁴ RHC O. 1B, г. 2.

⁵ Статья 85 Основного закона. Суды специального административного региона Гонконг осуществляют судебную власть самостоятельно, без какого-либо вмешательства.

⁶ Или в случае, если человек в настоящее время уже является банкротом.

привлечения, содействия и вмешательства конкурсного управляющего. Конкурсные управляющие¹ могут быть назначены в качестве ликвидаторов² в ситуации принудительной ликвидации. Одним из прав ликвидаторов является ведение дел или защита в суде от имени компании³. Такое право соответствует обязательствам по реализации активов и в конечном счете по распределению дивидендов заинтересованных сторон. Такое вмешательство ликвидатора, как, например, в гражданском иске против компании⁴, помогает защитить интересы кредиторов компании⁵.

V. «Материальная истина» или справедливое судебное разбирательство в разумный срок. Принцип пропорциональности или одинаковые стандарты и процессы для каждого, независимо от важности дела

18. Вопросы 4 и 6 Вопросника рассматриваются совместно в этом разделе.

19. Суды общего права имеют дело с правовой истиной и нематериальной истиной. Исходя из этого и в сочетании с основной целью *CJR*⁶ гарантия того, что рассмотрение дела происходит так быстро, как это практически⁷ осуществимо, установление и оценка факта производятся в разумный период времени, стала основной целью гражданского судопроизводства. Например, в соответствии с ПВС п. 58, ч. 1 (5) суд должен разрешать дело только на основании новых доказательств, приведенных в жалобе⁸ по специальным основаниям, как было показано⁹. До введения этого положения не было ограничений ни для одной из сторон по обжалованию решений.

20. Несмотря на вышесказанное, важность справедливого судебного разбирательства не ставится под сомнение РГП¹⁰. Справедливое судебное разбирательство обеспечивается наличием фактов, сбором доказательств¹¹. Например, состязание

¹ Это также возможно для других лиц, не являющихся конкурсными управляющими, назначенных в качестве временного ликвидатора и ликвидатора. Тем не менее компания и не восстановленный в правах банкрот не могут быть назначены ликвидатором: ст. 278 Закона о компаниях (гл. 32) (далее — ЗК).

² А также назначается предварительный ликвидатор до вынесения судом приказа о ликвидации. См. ст. 193 и 194 ЗК.

³ Согласно ст. 199 ЗК ликвидатор может назначить адвоката для оказания помощи в выполнении таких обязанностей.

⁴ Ни одно судебное разбирательство не может быть начато или продолжено против компании без разрешения суда: согласно ст. 186 ЗК ликвидатор может дать согласие или возразить против ходатайства, сделанного истцом по гражданскому делу о разрешении продолжать то же самое. Например, *Re B + B Construction Company Ltd* (HCCW 114/2001, 28 июня 2001 г.).

⁵ Ликвидатор действует от имени всех необеспеченных кредиторов компании, а не только от имени заявителя. Если действие успешно оспаривается, больше активов будет доступно для распределения среди кредиторов.

⁶ Еще до реализации *CJR* существовали механизмы, используемые судом для ускорения дела. Например, О. RHC 24, п. 4 RHC позволяет суду давать распоряжение о том, что проблемы или вопросы между сторонами должны быть определены перед открытием. Однако это правило редко применяется, даже если борьба между сторонами длится шесть лет: например, *Alexina Investments Ltd & Anor v. Keysberg Ltd & Ors* (HCA 6359/1992, 27 March 2002).

⁷ RHC O. 1A, г. 1(b).

⁸ *Aggressive Construction Company Limited npomus Yick Wai Cheong* (HCA 1889/2008, 29 June 2009).

⁹ Как указано в *Ladd v. Marshall* [1964] 1 WLR 1489.

¹⁰ RHC O.1A, гл. 1(c), 1(d).

¹¹ RHC O.24, г. 7A. См. и ср. s. 41, Cap 4 HCO в ред. от 1 июля 1997 г. и текущую редакцию.

сторон, свидетельские показания и экспертные заключения в настоящее время должны быть подтверждены заявлением о достоверности сведений, о том, что факты, содержащиеся в нем, истинные (мнение эксперта приведено добросовестно — в случае экспертного заключения)¹, так что отклонения заявления (и, следовательно, поправки заявления и подачи дополнительных заявлений и сообщений)² можно избежать. Стороны будут «привязаны» к соответствующему делу на ранней стадии судебного разбирательства, что также служит ускорению всего процесса³.

21. В дополнение к вышесказанному следует отметить, что обычная практика в соответствии с РГП⁴ для суда — требовать от сторон постановки и, если возможно, согласования ключевых вопросов, которые должны быть рассмотрены в суде, таким образом, чтобы сэкономить время и затраты⁵.

22. Основной целью гражданского судопроизводства в Гонконге является то, что процедура должна быть пропорциональной⁶. Принцип пропорциональности предполагает реализацию целей, ориентированных на пользователей, и одновременно институциональных целей. Были случаи (до РГП), когда судебные издержки превышали стоимость иска. Соблюдение принципа пропорциональности имеет институциональный аспект, который заключается в том, что ресурсы суда могут быть распределены более равномерно (и справедливо). Это имеет огромное значение для обеспечения доступа к правосудию.

IV. «Сложные дела» или массовая обработка обычных дел

23. Цели гражданского правосудия в аспекте соотношения «трудных дел» и массовой обработки обычных дел были достигнуты в Гонконге путем диверсификации. Гражданские дела разделены на три основных уровня в судах первой инстанции⁷ в соответствии с размером суммы иска⁸. В окружных судах и судах первой инстанции рабочая нагрузка впоследствии распределяется в соответствии с природой спора. Например, суд по семейным делам⁹ и суд по делам юридических лиц¹⁰ находятся, соответственно, в структуре окружного суда и суда первой инстанции. За судьями суда первой инстанции

¹ RHC O. 41A, гл. 2, 4(1).

² Например, *Tong Kin Hing v. Autron Mauritius Corp.* [2010] 1 HKLRD 77

³ Спорные вопросы могут быть определены на ранней стадии, с учетом соответствующих заявлений сторон. Это в свою очередь будет способствовать ограничению объема документов, имеющих отношение к вопросам по делу: *Re Estate of Ng Chan Wah* (HCAP 5/2003).

⁴ Такая практика была доступна в районных судах еще до реализации RDC: RDC O.18, гл.22. Тем не менее интересно, как к такому механизму прекращен доступ в RDC. См. ниже.

⁵ *Practice Direction* 5.2, пара. 6: стороны должны быть сконцентрированы на соответствующих вопросах. Следует избегать не относящихся к делу фактических или юридических споров. Список вопросов должен быть подан до разбора дела (СМС) или досудебного обзора (PTR) (Приложение C к PD 5.2). Также требуется от адвоката или прокурора, чтобы он прикрепил одну страницу резюме вопросов, подлежащих рассмотрению судом.

⁶ RHC O.1A, гл.1(c).

⁷ А именно: *Small Claims Tribunal (SCT)*, *District Court (civil jurisdiction)* и *High Court (CFI, civil jurisdiction)*.

⁸ До 50 000 гонконгских дол. для трибунала по незначительным спорам (Закон о трибунале по незначительным спорам (SCTO)); 1 000 000 гонконгских дол. для окружных судов и неограниченная юрисдикция для судов первой инстанции.

⁹ Рассматривает семейные дела: установление опеки, иные вопросы.

¹⁰ Рассматривает корпоративные споры: ликвидация, акционерные споры.

могут быть также закреплены определенные обязанности, например, работа со списком по вопросам компенсаций работникам в окружном суде либо списком коммерческих споров, списком по делам о телесных повреждениях, списком дел по строительству, списком арбитражных дел или списком морских дел и т.д.

24. В то время как судья по большей части ведет судебные заседания, частные ходатайства (вопросы, жалобы)¹ в основном рассматриваются секретарями и судебными распорядителями².

25. Помимо вышеупомянутых инстанций в Гонконге существуют и другие специальные трибуналы, созданные для уменьшения издержек и сроков. Например, суд по вопросам трудовых отношений (трудовой суд) обладает определенной специальной юрисдикцией по рассмотрению вопросов трудоустройства³, в то время как земельные суды занимаются вопросами земельного права⁴. Вышеуказанные органы вправе отказаться от своей юрисдикции и передать наиболее сложные и запутанные дела⁵ в суды первой инстанции или окружные суды.

VII. Двустороннее судебное разбирательство или решение сложных многосторонних дел

26. Большинство исков в Гонконге рассматривается в рамках двустороннего разбирательства. В соответствии с *RHC* О.16 третьи лица могут быть привлечены с помощью средств производства в отношении третьих лиц в случае, если ответчик ищет помощи от третьего лица, не являющегося участником процесса⁶. Наличие производства в отношении третьих лиц предотвращает дублирование производства и рассмотрение одного и того же вопроса дважды с разными результатами⁷.

27. В Гонконге не существует правового режима группового иска. В настоящее время единственным способом, с помощью которого можно решать многосторонние споры, обеспечивается О.15 *RHC*, Р. 12. Суд может назначить ответчика в качестве представителя других ответчиков по заявлению истца. Решение или постановление, вынесенное в представительском процессе, будет обязательным для всех сторон, представленных таким образом⁸. Тем не менее для представительского процесса являются проблемами неопределенность и отсутствие подробных правил, регулирующих его работу. Гонконг нуждается в установлении полноценного, прописанного в законе, режима, который охватывает такие области, как проведение процедур, защита представителя заявителей, расходы и окончание дела⁹. С этой целью Подкомитет

¹ Такие вопросы, как: рассмотрение и внесение изменений в заявления, СМС и т.д. *PTR* обычно фиксируются (устанавливаются) за месяц до заседания и проводятся под председательством судьи (первой инстанции).

² Промежуточные ходатайства, включающие в себя сложные и запутанные правовые вопросы, обычно рассматриваются судами вне судебного заседания.

³ См. *Schedule to the Labour Tribunal Ordinance*, Cap 25.

⁴ См. s. 8 *Lands Tribunal Ordinance*, Cap 17.

⁵ См. s. 10 of *Labour Tribunal Ordinance* и s. 8A of the *Lands Tribunal Ordinance*.

⁶ См.: M. Wilkinson, E.T.M. Cheung, C.N. Booth (eds.), *A Guide to Civil Procedure in Hong Kong*, 3rd ed., p. 237.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *RHC* О.15, г.12(2); также см. *Consultation Paper on Class Actions (Executive Summary)* 2009, p. 1.

⁹ *Class Action Subcommittee of the Law Reform Commission of Hong Kong, Consultation Paper on Class Actions (Executive Summary)*, Hong Kong, 5 November 2009, p. 2 (para. 6).

групповых исков Комиссии по правовой реформе Гонконга издал консультативный документ по групповым искам (Пояснительная записка) от 5 ноября 2009 г., чтобы выяснить мнения заинтересованных сторон по этому вопросу.

VIII. Справедливые результаты и справедливость по существу или строгий формализм и принцип законности

28. Соотношение между самостоятельным рассмотрением дела по существу и правовым формализмом может быть рассмотрено на трех уровнях.

29. Во-первых, вынесение судебного решения в системе общего права имеет уникальные характеристики. Если суд применяет в основном принципы прецедентного права, для него есть возможность принять решение, расходящееся с прецедентом по фактам или по политическим соображениям. Таким образом, характер общего права предоставляет большую свободу действий судье, возможность адаптировать решение для конкретной задачи и обеспечить соответствующее рассмотрение дела по существу¹.

30. Во-вторых, на процедурном уровне — при необходимости соблюдения сроков важно также найти справедливое решение. До принятия *CJR* приверженность понятию «рассмотрение дела по существу» (или *substantive justise*) вылилось в снисхождение суда к несоблюдению сроков. С внедрением *CJR* основной проблемой является то, насколько эффективно суд может соблюдать процессуальные сроки без ущерба существу дела каждой из сторон².

31. В-третьих, на уровне установления фактов суды общей юрисдикции занимаются установлением правовой истины и нематериальной истины. Принцип представительства сторон глубоко укоренился. Пока на судей возлагаются основные полномочия управления делом, суд не имеет в силу занимаемой должности следственных полномочий. Суд строго следит за процессуальными нормами установления фактов³.

IX. Решение проблемы или рассмотрение дела?

32. В Гонконге суды никогда не выполняют только функции рассмотрения дела⁴. Фактически очень распространены конструктивные обсуждения между законными

¹ Трассировка правового исторического развития общего права, строгость общего права были облегчены путем введения справедливой защиты. В отличие от своих коллег из континентальной Европы, судьи стран общего права не признают формалистического подхода к судебному решению. Скорее всего решение фокусируется на конкретные факты данного дела и сравнение их с аналогичными прецедентами в процессе декларирования и применения правовых принципов. Другими словами, суд принимает индуктивные рассуждения к рассмотрению. Согласно классификации Вебера, общее право относится к рационально-существенной категории, а не рационально-формалистической.

² A.A.S. Zuckerman, *Enforcing Compliance with Deadlines* // *Civil Justice Quarterly*, 2004, vol. 23 (Oct.), p. 231.

³ Даже тогда, когда суд действует по своему усмотрению, это происходит потому, что управление делом требует большего, чем попытка «перевернуть каждый камень» с целью рассмотрения дела по существу. Установление фактов остается мотивирующей стороны задачей, осуществляемой на основе правового режима управления дела.

⁴ Это особенно актуально после введения в действие РГС, где судьи принимают активное участие в управление делами.

представителями и главным судебным распорядителем или судьей во время *СМС* или *PTR*, например, о том, как разрешить проблемы между сторонами, о согласовании определенных фактов между сторонами, о том, должны ли быть получены дополнительные доказательства, и какие должны быть предприняты дальнейшие шаги. Полезные указания и (или) предложения суда — обычное дело. Кроме того, суды используются в качестве механизма преодоления препятствий между сторонами. Например, нехватка взаимного доверия между сторонами в супружеских вопросах обычна, особенно в спорах относительно того, кто¹ должен считать доходы, полученные от продажи совместно нажитого имущества по умолчанию, что в свою очередь препятствует движению основного процесса. В таких случаях проблемы обычно решаются с помощью уплаты поступлений от продажи имущества непосредственно в суд, до вынесения решения об их распределении².

Х. Гражданское судопроизводство как доступная государственная услуга или как полукommerческий источник доходов

33. За исключением уплаты минимальных сборов сторонами³ в процессе услуги гражданского суда в Гонконге бесплатны для населения. Неудивительно, что в Гонконге судебная система работает на дефицит⁴. Расходы на содержание судов поступают в основном от налогоплательщиков Гонконга через правительство. Маловероятно, что в ближайшем будущем существующая в Гонконге система изменится, поскольку общество в целом придает особое значение именно доступности правосудия для населения. В то время как общее восприятие правосудия сводится как к предназначенному только для богатых, правительство Гонконга, судебная система и адвокатура стремятся это изменить⁵. Тем не менее ограничения этих услуг неизбежны и их настолько много, что имеется необходимость в «капитальном ремонте» системы судопроизводства по гражданским делам⁶. Изменение существующей системы будет рассматриваться как возвращение в прежнее состояние.

XI. Ориентация на пользователей или эгоцентричные цели

34. Цели судопроизводства по гражданским делам в Гонконге прочно ориентированы на пользователей. В то время как повышение процедурной эффективности дает институциональные преимущества в виде снижения нагрузки на судебную

¹ В том числе законных представителей сторон.

² См., например, *CPK v. CY* (FCMC 7599A/2007).

³ Например, сборы за выдачу судебного приказа в Верховном суде и Окружном суде составляют НК \$ 1045 и НК \$ 630 соответственно на момент подготовки настоящего доклада.

⁴ *Hong Kong Judiciary Annual Reports*.

⁵ Например: бесплатные юридические консультации от дежурной юридической службы, бесплатные услуги юридических фирм, бесплатные юридические консультации в районных и законодательном советах.

⁶ Сейчас акцент сделан на медиации между сторонами, есть надежда, что количество утвержденных таким образом дел и в связи с этим соответствующие расходы государственных средств будут сокращаться.

систему, РГС была реализована не по чисто институциональным причинам или в эгоцентричных целях. Основная цель заключается в улучшении доступа к правосудию для пользователя. Например, одной из важных целей РГП является повышение экономической эффективности гражданского судопроизводства¹. Суд обязан принять во внимание основные цели в процессе осуществления своих полномочий в отношении расходов². Это будет стимулировать участников рассматривать основные цели серьезно, прежде чем принимать любые решения и нести расходы. Повышение эффективности имеет следствием снижение затрат.

35. Принцип пропорциональности несет в себе смесь ориентированных на пользователей и институциональных целей (как описано выше).

36. Стимулирование заключения мирового соглашения (в частности, посредством медиации) также имеет в виду интересы пользователя³. Урегулирование спора путем медиации обычно требует меньше времени и затрат, которые лежат в одной плоскости с интересами пользователя. Конечно, режим, который эффективно способствует мирному урегулированию спора, также имеет институциональное преимущество снижения нагрузки на судебную систему. Другие меры по улучшению доступа к правосудию включают в себя меры по оказанию помощи сторонам, интересы которых не представлены, с учетом их невыгодного положения.

Миклош Кендьель (*Miklós Kengyel*)⁴

ВЕНГЕРСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД⁵

I. Введение

1. *Преобладающие взгляды на цели гражданского судопроизводства.* В соответствии с дуалистической концепцией, часто встречающейся в научной правовой литературе, гражданский процесс направлен на реализацию субъективных гражданских прав и охрану правопорядка. В разные исторические эпохи акцентировалась та или иная цель. В XIX в. либеральный поход к судебному процессу установил в качестве единственного требования то, что судебный процесс «должен привести к решению правового спора простейшим, кратчайшим и самым надежным путем»⁶. Лишь несколько десятилетий спустя «сохранение правового мира» и защита «правопорядка в целом» снова выходят на первый план в социалистическом гражданском процессе⁷. Социалистическое процессуальное право пошло

¹ RHC O.1A, г. 1(a).

² RHC O.62, г. 5(1)(aa).

³ RHC O.1A, г. 1(e).

⁴ Профессор Будапештского университета имени Андраши (*Andrassy University*) (Венгрия).

⁵ Перевод с английского языка на русский осуществлен студентом М. Рахимовым (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

⁶ Hans Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses* // *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1968, p. 36.

⁷ Franz Klein, Friedrich Engel, *Der Zivilprozeß Österreichs*, Mannheim, 1927, p. 188.

еще дальше, когда центральное место в гражданском процессе заняло выявление и защита объективной истины¹.

2. *Защита прав личности или защита публичных интересов.* В научной правовой литературе XX в. представления о цели гражданского процесса претерпели некоторые изменения. В первой половине столетия — несмотря на тот факт, что Гражданский кодекс 1911 г. не установил такой цели закона или задачи суда — правовая защита сторон выходит на первый план. Соответственно Джанксо и позже Фалксик определяли цель гражданского процесса как разрешение гражданско-правовых споров «органом государственной власти», в то время как Магуари рассматривал эту цель следующим образом: с одной стороны, это реализация правовых интересов истцов и, с другой стороны, правовая защита ответчика от необоснованного искового требования².

3. Определение цели гражданского процесса часто увязывалось с необходимостью установления истины. По мнению Фалксика, стороны должны принять решение суда как истину: «Это истина, признание которой обусловлено внешними факторами, судебной властью государства и формой судебного решения: формальная истина. Судебное решение соответствует материально-правовой истине, только если полностью реализует идею закона в конкретном правовом случае и как следствие полностью соответствует чувству справедливости»³.

4. В 1952 г. цель закона была перемещена в начало Кодекса. Оригинальный текст § 1 Гражданского процессуального кодекса предусматривал: «Цель настоящего закона — обеспечение разрешения в судебных процедурах правовых споров, возникающих в связи с правами, закрепленными за личностью и собственностью граждан государства, государства и иных субъектов права на основе материальной истины». Неваи установил соблюдение социалистического законодательства как главную цель гражданского процесса и разрешение данных правовых споров как специфическую цель⁴.

5. Поправка, внесенная в 1957 г. в Гражданский процессуальный кодекс, изменила термины, содержащиеся в § 1; термин «гражданин государства» был заменен термином «гражданин», в то время как термин «материальная истина» был изменен на термин «истина». Данный текст Закона оставался неизменным более 40 лет. Вместо «неверно истолкованной» материальной истины научная правовая литература начала использовать термин «объективная истина». В соответствии с целью Закона, а также § 3 суд устанавливает объективную истину, отражающую объективную реальность, даже если сторона не исполняет возложенную на нее обязанность доказывания.

6. В социалистической научной литературе, кроме Неваи, Фаркас рассматривал цель гражданского процесса более детально и акцентировал защиту субъективных прав в отличие от господствующего понимания: «Цель гражданского процесса — обеспечение правовой защиты в отношении потерпевших или нарушенного права, правоотношения. Одним из основных и важнейшим базовым условием этого является то, что суд должен выявлять обстоятельства дела в соответствии с истиной»⁵.

¹ Miklós Kengyel, *Changes in the Model of Hungarian Civil Procedural Law* // András Jakab, Péter Takács, F. Tamás Allan (eds.), *The Transformation of the Hungarian Legal order 1985–2005*, New York, Kluwer, p. 353–354.

² György Jancsó, *Magyar polgári törvénykezési jog*, Kolozsvár, 1908, p. 3; Dezső Falcsik, *A polgári per jog tankönyve*, Budapest, 1910, p. 12; Géza Magyary, *Magyar polgári per jog*, Budapest, 1924, p. 1–2.

³ György Jancsó, *cit.*, p. 12.

⁴ László Névai, *A magyar polgári per jog alapelvei* // *A magyar polgári per jog főbb kérdései*, Budapest, 1953, p. 25.

⁵ József Farkas, *Bizonyítás a polgári perben*, Budapest, 1956, p. 23–27.

7. После демократических политических преобразований прошло почти целое десятилетие, прежде чем базовые принципы и некоторые правовые институты Гражданского процессуального кодекса были изменены в соответствии с требованиями эпохи. Процесс изменения еще более осложнялся тем, что — вопреки ожиданиям — старый закон продолжал действовать. Это привело к ситуации, когда два основных принципа Гражданского процессуального кодекса — принцип партийного контроля и принцип устного разбирательства — появились с новым содержанием уже в поправке 1995 г., в то время как цель Закона была переформулирована только в 1999 г.

8. В соответствии с изменениями § 1 «цель настоящего Закона — обеспечение беспристрастного разрешения в судебном процессе правовых споров, возникающих в связи с собственностью и личными правами физических и других лиц, с соблюдением основных принципов, определенных в данной главе».

9. Спустя 47 лет после вступления в силу Гражданского процессуального кодекса законодатель отказался от цели обеспечения разрешения гражданско-правовых споров базируясь на истине. Законодатель объяснил эти важные изменения тем, что содержание и значение «требования справедливости», ожидаемой от суда, и сам Гражданский процессуальный кодекс устарели в некоторых отношениях, ранее сформулированное определение цели и намеченная цель закона также считались устаревшими. Конституционный суд еще в начале 1990-х гг. признал, что нет никакой конституционной гарантии установления материальной истины¹. Новая цель, заменившая цель разрешения правовых споров, — в соответствии с требованием справедливого судебного разбирательства, содержащегося в ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, — это обеспечение беспристрастного урегулирования правовых споров. Это гарантировано требованием, что суд действует в соответствии с переформулированными принципами Гражданского процессуального кодекса.

10. В соответствии с новым пониманием вместо выявления истины Гражданский процессуальный кодекс гарантирует «справедливость самого судебного разбирательства». Самыми важными содержательными элементами процедуры правосудия являются: регулирование в соответствии с принципами правовой защиты, беспристрастность судебного разбирательства, соблюдение принципа партийного контроля и разделение преимуществ и неудобств между участниками процесса на основе взаимности².

11. Полностью успешное переосмысление целей гражданского процесса не встречается как в теории, так и в практике. С другой стороны, 10 лет, прошедших с принятия поправки, выявили проблемы, определенные профессором Узелачем в Вопроснике.

II. «Материальная истина» или справедливое судебное разбирательство в разумные сроки

12. На протяжении столетий в научной правовой литературе обсуждался вопрос: *Fixigkeit vor Richtigkeit* (скорость превыше качества)³. На самом деле на этот вопрос

¹ Dec. 9/1992 (I. 30.) Constitutional Court.

² Gábor Gadó, *Az eljárási igazságosság a polgári perben* // *Magyar Jog*, 2000/1, p. 18–19.

³ Miklós Kengyel, *Magyar polgári eljárásjog*, Budapest, Osiris, 2010, p. 78–79.

не может быть дан ответ, который был бы применим во все времена и ко всем ситуациям. В зависимости от эпохи и страны тому или иному аспекту уделялось или могло уделяться больше внимания. В Венгрии — в результате неудачного опыта прошлых десятилетий — стремление к судебному разбирательству в разумные сроки усилилось. Несмотря на то, что 70% гражданских дел и 50% уголовных дел разрешались в течение полугода¹, СМИ и общественное мнение считали оба типа судебного разбирательства недопустимо затянутыми. Противоречие между фактами и субъективной оценкой может быть объяснено тем, что множество разбирательств, привлекающих внимание общественности, на самом деле затягивалось, что приводило к негативным выводам общественности обо всех процессах. Каждый год законодатель — уступая давлению общественного мнения — принимал с целью ускорения судопроизводства все новые и новые меры, которые не всегда достигали этой цели и в любом случае не могли заменить всеобщую реформу гражданского процесса.

13. В настоящее время принятие нового Гражданского процессуального кодекса для замены Закона 1952 г. не стоит на повестке дня, но научная правовая литература уже формулирует требования к новому кодексу². Нельзя исключать в будущем возвращение к понятию истины, что может повторно возродить дебаты вокруг вопроса *Fixigkeit vor Richtigkeit*³.

14. Что касается нас, мы не против декларативного возвращения концепции истины в гражданский процесс и поэтому ожидаем от большинства судебных органов и общественности поиска справедливости. Мы разделяем мнение великого австрийского юриста Франса Кляйна, что судебный процесс без истины как «стук мельницы, работающей без нагрузки». Однако мы считаем очень важным, что новый Гражданский процессуальный кодекс должен определить цель доказывания более конкретно, чем она определена в настоящее время. На основании настоящей терминологии Кодекса доказывание есть не что иное, как деятельность, направленная на выявление обстоятельств дела, установление фактов, которые необходимы для принятия решения. Учитывая содержание данного определения, оно менее безоговорочно, чем понятие доказывания, данное Джозефом Фарксом, которое также является авторитетным⁴. Наше *de lege ferenda* предположение — законодатель должен указать в отношении доказательства, что суд, если законом не предусмотрено иное, должен убедиться по своему усмотрению, какие факты необходимы для принятия решения об истинности или неистинности. Кроме философского понятия истины стоит учитывать — по крайней мере в правовой литературе — возвращение к понятию материальной истины и формальной истины, которые были удалены из социалистического гражданского процесса еще в 1950-х гг. Гражданский процесс не может обходиться без последнего поскольку судебное решение, основанное на правилах о бремени доказывания, по существу основано на формальной истине. Если суд

¹ Всего 10% гражданских дел и 20% уголовных дел, дольше года.

² András Osztovits, *Az új magyar Polgári perrendtartás szükségességéről* // *Magyar Jog*, 2010/3, p. 158–163; Miklós Kengyel, Lajos Cserba, Gábor Gadó, Gábor Kiss, *Kell-e új Polgári perrendtartás? // Huszonkilencedik Jogász Vándorgyűlés*, Budapest, 2010, p. 135–158.

³ Tamás Földesi, *A jogban alkalmazott igazság terminusról és annak háttérbe szorulásáról a magyar polgári eljárásjog újabb fejlődésében* // *Magyar Jog*, 2003, p. 467–473.

⁴ József Farkas, Miklós Kengyel, *Bizonyítás a polgári perben*, Budapest, KJK, 2005, p. 32.

установит истинность или ложность фактов, он принимает решение в соответствии с материальной истиной.

III. «Сложные дела» или массовая обработка рутинных вопросов

15. Гражданский процессуальный кодекс 1952 г. в отличие от венгерских гражданско-процессуальных конвенций не содержит специальных процессуальных норм относительно требований небольшой стоимости (судебные разбирательства по искам небольшой стоимости). Догма общей первой инстанции судебного разбирательства, установившая применение одинаковых процессуальных норм в отношении всех дел, за исключением так называемых экстраординарных дел¹, была нарушена только в 2009 г., когда законодатель предписал применение упрощенных процессуальных норм при рассмотрении исков стоимостью менее 1 млн форинтов (приблизительно 3700 евро)². Целью поправки была формализация и ускорение процесса на основании Инструкции Совета (ЕС) 861/2007, установившей европейскую упрощенную процедуру рассмотрения мелких исков. Два года спустя иски стоимостью свыше 400 млн форинтов (приблизительно 1,5 млн евро) были классифицированы как дела высшего профиля и снова установлены правила, отличающиеся от общих, с целью ускорения процесса (§ 24 Закона LXXXIX 2011 г.). Обе поправки поддерживали положение, содержащееся в п. 4, а именно интенсифицировали усилия со стороны законодателя в установлении приоритета над выявлением истины, разрешении правовых споров в разумные сроки, будь то иск небольшой стоимости или дело высокого уровня.

IV. Принцип пропорциональности или же стандарты для всех

16. В Венгрии самый важный момент — заказ на осуществление платежей, который обязателен в случае требований со стоимостью, не превышающей 1 млн форинтов (приблизительно 3700 евро). Предел стоимости довольно высок — даже в европейском сопоставлении — особенно в сравнении с лимитом ценности в размере 2000 евро, указанным в Регулировании, касающемся европейской процедуры мелких исков. Результаты слушаний должны быть представлены нотариусу, который в случае, если условия соблюдены, отдает указание об уплате и оно представляется в суд, только если заявление защиты представлено против него. Заказ на осуществление платежей, который был преобразован в судебный процесс, проводится судом в соответствии с упрощенными правилами, касающимися мелких исков, упомянутых в предыдущем абзаце, во время которого один из самых важных аспектов — быстрота.

¹ Венгерский гражданский кодекс регулирует среди специальных судебных процессов затрагивающие гражданско-правовой статус, а также административные, трудовые, патентные судебные процессы и судебные процессы о взыскании.

² Правила в отношении исков небольшой стоимости применяются к искам, попадающим под юрисдикцию местных судов и реализуются исключительно через требование уплаты.

V. Справедливые результаты и справедливость по существу или строгий формализм и принцип законности

17. На этот вопрос в основном отвечает абз. 3. Цель венгерского Гражданского процессуального кодекса, заявленная в § 1 и 3, была изменена в 1999 г., установление истины как цель было заменено беспристрастным разрешением правового спора. Изменение не привело к распространению строгого формализма, это никогда не было характерно для современного венгерского гражданского процесса, но требование законности было усилено, что нашло отражение прежде всего в перереформулированных принципах Гражданского процессуального кодекса.

VI. Решение проблемы или рассмотрение дела

18. Решение проблемы или рассмотрение дела? Невозможно дать прямой ответ на этот вопрос: в то время как истцы ожидают от гражданского процесса разрешения их спора, судебная власть требует от судов эффективности. Во время экономического кризиса давление на суды возросло, в Венгрии несколько принятых недавно комплексных законодательных мер преследуют цель повышения эффективности уголовного и гражданского судопроизводства. Они направлены — особенно это касается исков небольшой стоимости — на решения, требующие минимума усилий и затрат. Однако только распространение электронного процесса может означать удовлетворительное решение в Венгрии. Помимо исков небольшой стоимости в отношении так называемых дел высшего профиля также принимались специальные нормы с целью повышения эффективности разрешения дел. В последнем случае, однако, целью является не сокращение расходов, а сокращение продолжительности разбирательства, так как этот тип разбирательств считается довольно затяжным.

VII. Свободно доступные общественные услуги или полукommerческий источник доходов государственного бюджета

19. От социализма Венгрия унаследовала широкую систему правовой помощи, которая практически гарантированно освобождала от судебных издержек, связанных с определенными категориями дел (алименты, опека, попечительство, трудовые споры и др.). После демократических преобразований политической системы значительно возросли гонорары адвокатов и экспертов, что также привело к росту судебных издержек. В прежней ситуации большинство затрат сокращалось в связи с предметом судебного разбирательства, и доходы получающих лиц не становились необоснованными.

20. Налаживание функций системы государственной правовой помощи на должном уровне было установлено как непереносимое условие вступления Венгрии в Европейский Союз¹. Закон LXXX 2003 г. о правовой помощи (далее — закон о правовой помощи) принципиально изменил существующее регулирование. Институциональная

¹ Директива Совета ЕС 2002/8/ЕС от 27 января 2003 г. улучшает доступ к правосудию в международных спорах, устанавливая минимальные общие правила, касающиеся правовой помощи для таких споров (*Official Journal* L 026, 31/01/2003, p. 0041–0047).

система, построенная постепенно с 2004 г., делает возможным оказание помощи более широкому кругу лиц и более разнообразными способами, которые также скорректированы общественным регулированием¹.

21. Новая система правовой помощи предназначена для покрытия расходов на правовую защиту, в том числе неимущих лиц. В то же время следует отметить, что высокие расходы вызваны не судебными издержками, а гонорарами адвокатов и другими дополнительными расходами, которые — как результат неопределенного схода судебных процессов — также означают бремя для тех, кому в противном случае предоставляется снижение затрат. В случае, если сторона, которой было предоставлено освобождение от расходов, проигрывает судебный процесс, она должна нести расходы, присужденные другой стороне (§ 86, НССР).

VIII. Ориентация на пользователей или эгоистические цели

22. Венгерский Гражданский процессуальный кодекс не определяет цель гражданского процесса, но это следует из закона (см. ст. 3). Эта цель также применима к самой системе гражданского судопроизводства и участникам разбирательства, главным образом в суде, задачей которого является обеспечение беспристрастного урегулирования правовых споров. Эта формулировка, содержащаяся в тексте Закона с 2000 г., чем более раннее регулирование, которое, как это было упомянуто выше, установлена как цель судебного иска — разрешение правовых споров, основанных на правде, начиная с новых гарантий регулирования процедурной справедливости.

Элизабетта Сильвестри (*Elisabetta Silvestri*)²

ИТАЛЬЯНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

I. Введение

1. Описание целей, установленных для гражданского судопроизводства в итальянской правовой системе 2011 г., не простая задача. По правде говоря, тема, кажется, не вызывает большого интереса ни в научных кругах, ни среди граждан в целом. Что касается судов, то лишь Конституционный Суд изредка конкретизирует роль, присущую юрисдикции, в обобщающих понятиях через *obiter dicta*. Все действующие субъекты, вовлеченные в осуществление гражданского судопроизводства (пользователи, адвокаты и судьи), выглядят заинтересованными в более приземленной задаче функционирования системы, которая достигла невыносимого уровня неэффективности и медлительности: когда обстановка драматично

¹ Miklós Kengyel, Viktória Harsági, *Civil Justice in Hungary*, Tokyo, Jigakusha Publishing Corporation, 2010, p. 135–140.

² Профессор Университета Павии (*University of Pavia*) (Италия).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен студенткой Л. Фатхуллиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

серьезная — как в Италии, — она представляется непригодной для бесполезной траты времени на теоретические размышления и отчасти естественна тенденция поиска утилитарного решения. К сожалению, утилитарные решения могут работать в лучшем случае только в краткосрочном плане. Для поворота в противоположное направление от неблагоприятной судьбы итальянского гражданского судопроизводства необходимы радикальные реформы, такие, которые могут подготовить подробнейший путь, направленный на выявление целей, которые должны или могут быть достигнуты судами в качестве основных условий гражданского судопроизводства.

2. За редким исключением¹ ученые лишь толкуют закон, вступивший в силу, и не придают большого внимания суждениям о качестве норм или правильности их логического обоснования. Очевидно, что любое руководство или трактат по гражданскому процессу дает определение целей гражданского судопроизводства, но такие определения или повторяются, или (когда они пытаются быть оригинальными) используют сложные понятия, заимствованные из судебной практики и общей теории права. Поэтому (и поэтому это подтверждается малым числом примеров) судебное решение представлено как институциональный метод разрешения спора², или метод, когда осуществление прав становится эффективным через обращение в суд³: более сложный анализ перемещает фокус от судебного решения к осуществлению правосудия, предлагаются разные определения последнего, но они приводят к отчасти тавтологичному умозаключению о том, что осуществление правосудия — это функция государства, представленного через действия судей⁴. Отдельные определения, отражающие разные взгляды ученых на цели гражданского судопроизводства, могут быть прочитаны «между строк» оживленных дебатов, которые ведутся в итальянском научном сообществе в течение последних лет. Возобновились дебаты вокруг вопроса о Гражданском процессуальном кодексе, принятом в 1940 г., вступившем в силу в 1942 г. и до сих пор контролирующем ход большей части гражданского и коммерческого процесса. В момент принятия это был «фашистский» кодекс, т.е. авторитарный, обеспечивающий модель гражданского судопроизводства, в центре которого находятся сильные и широкие полномочия, дарованные судье, с последовательными ограничениями свободы действий сторон⁵. Каков бы ни был первоначальный замысел разработчиков Кодекса, следует помнить, что он прошел через множество изменений, так что исследование того, была ли его «душа» фашистской, представляется бесполезным, более того огромное

¹ См., в частности: M. Taruffo, *Cultura e processo* // *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 63.

² L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il procedimento ordinario di cognizione*, 5. ed., Bologna, Il Mulino, 2011, p. 15.

³ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 5. ed., Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 3.

⁴ G. Verde, *Diritto processuale civile*, I. *Parte Generale*, 2. ed., Bologna, Zanichelli, 2010, p. 27.

⁵ Иностранные писатели могут быть ограждены от описания таких итальянских дебатов. В любом случае для тех, кто хотел бы узнать больше об этом, предлагаем сокращенный список литературы: F. Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan* // *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 455; Eiusdem, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti* // *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 425; Eiusdem, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, ESI-Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 3, 103, 121, 157; G. Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un «revisionista»* // *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 575; G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio* // *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 676.

число различных особых дел, условно покрытых защитой понятия «гражданское судопроизводство» были введены в Кодекс уже после его принятия и не отражают ценностей, заложенных в нем. Не в последнюю очередь появление республиканской Конституции Италии в 1948 г. оказало сильное влияние на Кодекс, потому что некоторые его нормы были отменены Конституционным Судом, или потому что тот же Суд требует, чтобы каждой правовой норме (будь то материальная или процессуальная норма) при применении судья давал «конституционно ориентированное» толкование.

3. Конституционный аспект осуществления правосудия изменил смысл установленных целей гражданского судопроизводства. Некоторые конституционные гарантии непосредственно оказывают воздействие на гражданский процесс. Главная из них содержится в ст. 24, предусматривающей следующее: «1. Каждый имеет право подать иск в суд в порядке защиты своих интересов в соответствии с гражданским и административным законодательством. 2. Право на защиту есть неизбывное право на любой стадии и в любой инстанции судебного разбирательства. 3. Признанные малоимущими имеют право на надлежащие средства для обвинения или защиты во всех судах»¹. Данные гарантии необходимо изучать в сочетании с другой фундаментальной гарантией – принципом равенства, в соответствии с которой «все граждане имеют равное социальное достоинство и равны перед законом, без различия по половому признаку, расе, языку, религии, политическим взглядам, личному или социальному положению» (ст. 3, п. 1). Данная гарантия предоставляется до той степени, что существует «обязанность Республики, убрать препятствия экономического или социального характера, которые ограничивают свободу и равенство граждан, препятствует полному развитию человеческой личности и эффективному участию всех трудящихся в политической, экономической и социальной организации страны» (ст. 3, п. 2). То, что итальянские юристы называют правом на обвинение и защиту, стало основанием для доступа к правосудию и базой, на которой была построена гарантия надлежащей судебной процедуры еще до конституционной поправки, установившей специальное правило, посвященное такой гарантии².

4. Это говорит о том, что Конституция, выдвинув вперед «социализацию» гражданского процесса»³, перемещает судебное решение из сферы технических вопросов и приближает его к потребностям общества в целом. Идея судебного решения как инструмента для продвижения социальной справедливости достигла своего расцвета в 1970-х и начале 1980-х гг., когда все чаще на гражданские суды стала возлагаться задача реализации различных прав, составляющих то, что убедитель-

¹ Английский перевод Конституции Италии официально доступен на веб-сайте итальянского Сената: http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

² Ссылка сделана на ст. 111, в соответствии с которой «1. Юрисдикция осуществляется в рамках надлежащей правовой процедуры, урегулированной законом. 2. Все судебные процессы состязательны, и стороны имеют право на равенство перед беспристрастным судом, занимающим третью позицию. Закон предусматривает разумную продолжительность судебных разбирательств». Действующий текст датируется 1998 г.

³ См.: L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, p. 131; I. Andolina, G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, 2. ed., Torino, Giappichelli Editore, 1997, p. 7.

но определялось как «новая собственность»¹. Сущность гражданского процесса состояла не только в разрешении правовых споров между отдельными лицами на равных условиях, но и в решении социальных разногласий и конфликтов²: суды должны были проявлять инициативу и осуществлять целый ряд новых полномочий с тем, чтобы удостовериться, что обе стороны судебного разбирательства фактически равноправны, так что слабая сторона (например, несправедливо уволенный служащий, рабочий, чьи права как члена профсоюза были нарушены, или жертва половой дискриминации) не испытает на себе неблагоприятных условий, сопровождающих судебное решение.

5. В наши дни разговор о социальной функции гражданского судопроизводства имеет привкус старины. Изменения, произошедшие в политическом, экономическом, социальном и культурном ландшафте Италии слишком сложны для того, чтобы быть проанализированными в этом докладе: несомненно, они все оказали влияние на направление восприятия целей гражданского судопроизводства, хотя — как отмечалось в самом начале данного доклада — трудно предположить, какие именно из них считались желательными или достижимыми. Можно возразить, что более важными, чем цели теоретически и умозрительно приписываемые гражданскому судопроизводству, являются цели показывающие как осуществлять через закон управление гражданским процессом. Но эти самые цели трудно дешифровать. Самые последние реформы в области гражданского процесса могли убедить кого-то решиться предположить и заявить о том, что они демонстрируют возвращение в большом масштабе старомодной либеральной концепции гражданского судопроизводства, в соответствии с которой стороны — полные хозяева судебного разбирательства, и суд обязан играть пассивную роль, пока стороны не попросят его вмешаться³. В реальности, однако, более точный анализ постоянных изменений норм, регулирующих судебное разбирательство, показывает, что законодатель намеренно воздерживается от навязывания особой концепции целей гражданского судопроизводства, ожидающих реализации. Значит ли это, что законодателю еще предстоит выработать собственный взгляд на гражданское судопроизводство? Может быть, это так, но другое возможное объяснение состоит в том, что постоянное чрезвычайное положение, в котором «мучается» гражданское судопроизводство⁴, вызывает необходимость перехода от одной «быстрой меры» к другой, без отражения картины в целом. Возможно, в далеком будущем — возможно, и никогда — цели гражданского судопроизводства будут определены и, соответственно, будет изменен закон: на сегодняшний день важна только цель снижения нагрузки на суды, надеемся, что для этого будет достаточно сократить продолжительность судебного разбирательства.

¹ См.: C.A. Reich, *The New Property* // 73 *Yale Law Journal*, 1964, p. 733.

² Среди ученых, активно поддерживающих данную цель гражданского судопроизводства как мощный инструмент достижения социальной справедливости, особого внимания заслуживает В. Денти (V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1970, p. 56, 74).

³ Эта концепция легла в основу первого Гражданского процессуального кодекса Объединенного королевства Италии 1865 г., см.: M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 107.

⁴ См.: E. Silvestri, *The Never-Ending Reforms of Italian Civil Justice* (August 2, 2011) // <http://ssrn.com/abstract=1903863>

II. Вопросы, рассматриваемые в рамках гражданского судопроизводства

6. Традиционно итальянский гражданский процесс включает не только судебное разбирательство, т.е. разрешение споров, возникающих из гражданских и коммерческих дел, но также огромный массив дел, не связанных с вопросом, являющимся предметом спора. Согласуются ли такие дела с целями, присущими гражданскому судопроизводству: факт, что Гражданский процессуальный кодекс включает в себя целую книгу, регулирующую множество «специальных дел», не являющихся предметом спора. Схожие дела той же природы регулируются также несколькими специальными законами; в результате возникает многоаспектный ставящий в тупик вопрос, который итальянские ученые называют *giurisprudizione volontaria*, — выражение, которое подчеркивает отсутствие спора между сторонами.

7. Что касается некоторых вопросов, не являющихся предметом спора, суды призваны выполнять роль, которая граничит с деятельностью, более административной чем судебной. Это говорит о том, что участие судов в таких делах оправдывается тем, что все они касаются, хотя и в разной степени, публичного интереса: это вероятно объясняет, почему так называемые *giurisprudizione volontaria* включают в себя дела, связанные с семейными отношениями, статусом невменяемых лиц, управлением имуществом умерших и т.п. Для других дел то же самое обоснование несправедливо, начиная с концепции публичного интереса, чувствительной к изменениям в политическом и общественном восприятии того, что составляет «публичный интерес». Несмотря на это, итальянский гражданский процесс охватывает широкий круг дел (даже связанных с вопросами, являющимися предметом спора), начиная с упрощения, ускорения и уменьшения формализма по сравнению с обычным процессом. Можно сказать, что это — еще один пример выбора, сделанного законодателем только по практическим мотивам, и отказ от любых попыток проверить, является ли расширение участия судов за пределы их традиционной компетенции соответствующим целям гражданского судопроизводства, которым, как предполагается, оно служит.

III. Защита прав личности или защита публичных интересов

8. Если согласиться с идеей, что суды претворяют в жизнь права личности в той мере, в которой эти права нарушаются или даже находятся под угрозой нарушения, необходимо также признать, что права, защита которых является целью обращения к правосудию, дарованы материальным правом в процессе осуществления определенной политики. Таким образом, разрешение споров и осуществляемая политика часто переплетаются, хотя это нередко трудно определить. Также трудно определить, действительно ли данная политика соответствует тому, что условно называется «общественным интересом», или отражает ли она идеологию и ценности правящего класса; можно усомниться в том, что «общественный интерес» связан как-то с тем, что в Италии прошение о разводе может быть подано, только если прошло три года с момента выражения воли супругов на расторжение брака, которая была законно признана в решении суда, вынесенного в конце отдельного производства или в судебном решении, утверждающем раздельное проживание.

9. В некоторых недавних делах проблема реализации политики приняла интересный оборот, когда суды выступили против той политики, которую они должны были реализовывать. Это произошло в сфере продления жизни медицинскими методами, применяемыми к лицам, долговременно находящимся в вегетативном состоянии, — сфера, в которой суды отказались ждать государственного установления, одобряющего такое обращение по этическим мотивам (предположительно по тем же причинам парламент воздержался от принятия разумных сроков поддержания жизни и продвижения директивы относительно окончания срока помощи)¹. Также суды отказались выполнять установку, лежащую в основе правил о высылке незаконных иммигрантов в случаях, касающихся несовершеннолетних или лиц, страдающих заболеваниями. И в свете нынешней дискуссии вокруг однополых браков можно ожидать, что этот вопрос рано или поздно вновь закончится судом², с целью бросить вызов установке, поддерживаемой государством, которое выступает решительно против однополых браков.

10. В итальянской системе судопроизводства публичный интерес имеет собственного ведомственного представителя, это прокурор (*Pubblico Ministero*, подчиненный премьер-министру). Гражданский процессуальный кодекс содержит ограниченное число случаев, в которых премьер-министр обладает искомой правоспособностью и должен вмешиваться в процесс (например, дела связанные со статусом физических лиц, супружеские дела, аннулирование брака по особым основаниям), как правило, премьер-министр может принимать участие во всех процессах, затрагивающих публичный интерес³. Большого внимания заслуживают специфические полномочия премьер-министра на уровне итальянского Верховного Суда (*Corte di cassazione*): премьер-министр может принести финальную апелляцию против решений, которые сторонами не обжаловались или которые не подлежат апелляции, с единственной целью уполномочить Верховный Суд утвердить решение, при условии, что суд первой инстанции не рассматривал вопросы права, поднятые судом

¹ Дело Элуаны Энгларо, молодой женщины получившей травмы в автомобильной катастрофе и погрузившейся в вегетативное состояние в 1992 г., заставило не только политиков, но и итальянское общество в целом занять определенную позицию в очень спорном вопросе. Отец Элуаны обращался в несколько судов требуя разрешения отсоединить его дочь от медицинского оборудования, поддерживающего ее жизнь; заявления постоянно отклонялись. Наконец, в конце 2008 г. Кассационный суд и Апелляционный суд Милана вернули данное господину Энгларо право прекратить процедуры, с помощью которых поддерживалась жизнь Элуаны. Оценку данного дела см.: S. Moratti, *The Englaro Case: Withdrawal of Treatment from a Patient in a Permanent Vegetative State in Italy* // 19 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2010, p. 372; K.L. Cerminara, F.G. Pizzetti, W. Photangtham, *Schiavo Revisited? The Struggle for Autonomy at the End of Life in Italy* (Sept. 24, 2009) / *Marquette University Law School's Elder's Advisor* (forthcoming) // <http://ssrn.com/abstract=1477957>

² Этот вопрос уже учтен Конституционным Судом, он подтвердил некоторые положения Гражданского процессуального кодекса, касающиеся брака, и передал запутанный спор вокруг «шекотливой темы» парламенту, заявив, что обязанность депутата — решить, какой вид правового статуса подходит для однополых отношений; решение суда (№ 138 от 15 апреля 2010 г.) можно прочесть (на итальянском языке) на вебсайте Суда: <http://www.cortecostituzionale.it>

³ Полномочия премьер-министра урегулированы ст. 69–73 Гражданского процессуального кодекса. Автор перевел итальянское выражение *Pubblico Ministero* на английский как «прокурор», так как этот судебный орган принимает более активное участие в уголовных делах. Фактически премьер-министр обладает монополией на уголовное преследование; см. ст. 112 Конституции Италии, в соответствии с которой «прокурор обязан возбудить уголовное дело».

правильно¹. Эта специальная финальная апелляция в «интересах закона» не влияет на участие сторон в решении, но находит свое оправдание в своеобразной роли, которую играет Corte cassazione как судебный орган, ответственный за наблюдение за надлежащим и единообразным толкованием действующего закона. В рамках структуры данной финальной апелляции, подаваемой премьер-министром, можно увидеть инициативу, выражающую публичный интерес в запуске механизма, позволяющего Верховному Суду осуществлять его институциональную роль.

11. Несмотря на распространенную идею, согласно которой Италия, обладая правовой системой с собственными гражданско-правовыми традициями, перенимает инквизиционную модель судебного разбирательства, принципы стороны защиты и стороны обвинения соблюдаются как общие правила. Стороны обладают полным контролем над своим делом, его начало, развитие и окончание также находятся в сфере их интересов. К тому же в исключительные полномочия сторон судебного разбирательства входит формирование их дела, содержание которого определяется требованиями истца и возражением и защитой ответчика. Возможность судьи определять по должности спорные вопросы, которые стороны не смогли поднять, весьма ограниченны (например, вопросы, касающиеся неподсудности или отсутствия исковой правоспособности), и даже когда закон наделяет судью такой властью, на практике судья более или менее ограничен инициативой сторон.

12. Итальянские ученые, объясняя эти правила, делают ссылку на так называемый *principio dispositivo* (принцип диспозитивности), один из фундаментальных принципов итальянского гражданского судопроизводства. Материально-правовая сторона этого принципа выражается в нормах, регулирующих соответствующие полномочия сторон и судьи в отношении формирования дела²; процессуальная сторона принципа предполагает, с одной стороны, что только стороны могут предлагать необходимые доказательства для доказывания фактов, которые они сформулировали в своих заявлениях, и, с другой стороны, что судья обязан полагаться только на эти доказательства, за исключением случаев, когда позитивная норма возложила на него или на нее полномочие истребовать доказательство³.

IV. Корректное установление всех обстоятельств дела или необходимость обеспечения эффективной защиты прав в должное время

13. Наивный наблюдатель склонен делать вывод, что пресловутая затянутость итальянского гражданского процесса отражает то, как усердно исполняется цель убедительного, обоснованного решения, где каждый факт и доказательство, представленное сторонами, очень тщательно изучаются. К сожалению, причины, вызывающие медлительность итальянского гражданского процесса, не связаны со стремлением к предоставлению правильных результатов и достижению истины в судебном решении. Другими словами, точность установления фактов не является

¹ Эта специальная финальная апелляция предусмотрена ст. 363 Гражданского процессуального кодекса; см.: E. Silvestri, *Commento all'art. 363 c.p.c.* // F. Carpi, M. Taruffo, (ed.), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 6. ed., Padova, Cedam, 2009, p. 1240.

² См. ст. 2907, п. 1 Гражданского кодекса и ст. 99 и 112 Гражданского процессуального кодекса.

³ См. ст. 115, п. 1 Гражданского процессуального кодекса.

достоинством итальянского гражданского судопроизводства. Причины длительности: время может оказывать влияние на воспоминания свидетелей, документы могут быть повреждены, иметь несоответствия или потеряться и т.д.

14. Только в сфере предварительных мер весы склоняются в сторону быстрого отклика на ситуацию, в которой право подвергается риску нанесения непоправимого вреда, в то же время достижение правильного результата в отношении фактической проблемы откладывается. Если соблюдаются определенные требования, временное средство выдается в одностороннем порядке, но его последствия носят временный эффект и обусловлены тем фактом, что они подтверждают результат последующего обычного производства¹.

V. Развитие прецедентного права или массовое оформление рутинных дел

15. В настоящее время итальянское гражданское судопроизводство больше занято оформлением огромного количества обычных дел, нежели «сложными делами» (*hard cases*). Дела такого типа поднимают новые и часто дискуссионные проблемы, иногда прекращающиеся гражданскими судами, но они являются исключением, а не правилом.

16. Хотя в одном из самых цитируемых высказываний о «сложных делах» говорится, что «сложные дела порождают неработающий закон», для Италии более подходит перевернутая версия этого высказывания — «неработающий закон порождает сложные дела». Неработающий закон относится к законам с плохими формулировками, что затрудняет их интерпретацию, но больше всего законов реализуют установку, что сфера итальянского общества воспринимается как сфера чрезмерного государственного вмешательства в личную жизнь граждан: последние законы, имеющие дело с проблемами, касающимися биоэтики, привели к «сложным делам»², как и старые законы, предусматривающие, что на некоторых общественных зданиях может или должно демонстрироваться распятие³. Такие случаи вызывают

¹ Для эффективного рассмотрения итальянских временных мер см.: M. De Cristofaro, *Provisional Remedies* // M. De Cristofaro, N. Trocker (ed.), *Civil Justice in Italy*, Tokyo, Jigakusha Publishing Corp., 2010, p. 278.

² Например, очень ограниченный и спорный с медицинской точки зрения закон об искусственном оплодотворении, принятый в 2004 г. (Закон № 40 от 19 февраля 2004 г.). Краткий очерк основного содержания закона можно найти в: N. Doe, J. Oliva, C., Cianitto, *Medically Assisted Procreation in Italy: The Referendum and the Roman Catholic Church* // <http://www.ccels.cardiff.ac.uk/archives/issues/2005/doeolivacianitto.pdf>

³ Размещение распятия в итальянских школах вызвало настоящий переполох в Европе. Вопросы, обсуждаемые на местном уровне, в конце концов дошли до Европейского суда по правам человека. Вторая секция Суда в решении, принятом в ноябре 2009 г. (*Lautsi v. Italy*, Application No. 30814/06, 3 November 2011), постановила — среди прочего — обязанность государства воздерживаться от навязывания веры, даже косвенно, в местах, где граждане зависят от него, или в местах, где они очень уязвимы. Обучающийся ребенок очень чувствителен к давлению, которое оказывает государственная власть на разум, пока не имеющий (в зависимости от уровня зрелости ребенка) критического потенциала, который бы позволил ему держаться на расстоянии от проявляемых предпочтений государства в религиозной сфере (§ 48). Кроме того, в решении суда было отмечено: «Суд считает, что принудительная демонстрация символа той или иной конфессии, осуществляемая государственной властью в отношении специфического субъекта государственного контроля, в частности в классах, ограничивает право родителей воспитывать своих детей в соответствии со своими убеждениями и право школьников верить или не верить. По мнению Суда, эта практика нарушает права, так как данные ограничения не соответствуют обязанности государства соблюдать нейтралитет в осуществлении государственной власти, особенно в области образования» (§ 57). В марте 2011 г. по апелляции, поданной итальянским правительством, Большая

переполох, но их значение затмевается широким недовольством тем, как суды справляются со своей повседневной загруженностью.

VI. Принцип пропорциональности

17. Нормы итальянского Гражданского процессуального кодекса, предусматривающие якобы упрощенный порядок в некоторых случаях, подпадают под свободное понятие «малых претензий», что показывает особую степень внимания, уделяемого размеру иска или значимости сущности нарушенных прав. Мировые судьи, не являющиеся профессиональными юристами (или почетные судьи, как их называют в Италии), рассматривают «мелкие претензии». На самом деле юрисдикция мирового судьи показывает, что иски, с которыми они имеют дело, не обязательно так «малы»: например, их юрисдикция основана на исках, стоимость которых не выше 5000 евро. Но данная цифра увеличивается до 20 000 евро для дел, в которых требуется возмещение вреда, причиненного при дорожно-транспортном происшествии, не говоря уже о значительном количестве вопросов внутренней компетенции, решение которых предоставлено мировым судьям¹.

18. Что касается порядка совершения действий мировыми судьями, тщательное рассмотрение показывает, что «упрощенный» процесс есть только черновик процесса, осуществляемого в «соответствующих судебных делах», подпадающих под юрисдикцию обычных судов первой инстанции, т.е. трибуналов. Для того чтобы просто предстать перед мировыми судьями, стороны должны опираться на содействие адвокатов, если размер риска составляет менее смешного порога в 500 евро.

19. В 2009 г. новый вид сокращенного процесса был установлен для дел, подпадающих под юрисдикцию трибуналов². Если истец хочет подать иск в соответствии

палата Суда отменила постановление 2009 г. (Grand Chamber, *Lautsi v. Italy*, Application No 30814/06, 18 March 2011). Согласно заявлению Большой палаты, «Суду не представлены доказательства, что размещение религиозного символа на стенах класса может влиять на учеников, и поэтому нельзя необоснованно утверждать, что он оказывает влияние на молодых лиц, убеждения которых находятся в процессе формирования. Однако понятно, что первый заявитель мог увидеть в демонстрации распятия в классных комнатах государственной школы, когда-то посещаемой его детьми, неуважение со стороны государства к его праву на обеспечение их воспитания и обучения в соответствии с его собственными философскими взглядами. Как бы то ни было, субъективного восприятия заявителя самого по себе недостаточно для того, чтобы установить нарушение статьи 2 Протокола № 1» (§ 66). Суд продолжил, заявив что «в решении сохранить распятия в классных комнатах государственной школы посещаемой детьми первого заявителя, власти, действовавшие в границах своего усмотрения, остаются ответчиком в контексте своих обязательств в области воспитания и обучения, права родителей на обеспечение такого воспитания и обучения в соответствии с их собственными религиозными и философскими убеждениями» (§ 76). Несмотря на постановление Большой палаты, в Италии вопрос еще не решен: многие итальянцы (будь то католики или последователи других религий) полагают, что церковь отделена от государства, и думают, что размещение распятия, как и другого религиозного символа, в общественных зданиях нарушает по крайней мере две конституционные гарантии: принцип равенства (ст. 3 Конституции) и свободу вероисповедания (ст. 97 Конституции).

¹ О мировых судьях см. ст. 7, 311–322 Гражданского процессуального кодекса; см. также: F. Rota, *Giudice di pace (diritto processuale civile)* // *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, 1, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 291.

² Новый *procedimento sommario di cognizione* реулируется ст. 702bis–702quater Гражданского процессуального кодекса; см.: M.A. Lupoi, *Recent Developments in Italian Civil Procedure* // http://unibo.academia.edu/MicheleAngeloLupoi/Papers/665628/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure

с новой процедурой, суд по просьбе обвиняемого или в силу занимаемой должности может разрешить продолжать судебный процесс в соответствии с обычной процедурой, если проблемы, поднятые сторонами, не подходят для сжатого судебного рассмотрения. Можно сказать, что здесь работающий «механизм фильтрации» позволяет суду применять принцип пропорциональности для определения того, заслуживают ли дела полноценного рассмотрения в суде или можно рассмотреть их более ускоренным способом. Положительный ответ на этот вопрос может означать игнорирование того, что введение нового сокращенного процесса представляет собой еще одну попытку ускорения судебного разбирательства. Кроме того, следует иметь в виду, что власть позволяет суду изменять процедурный порядок только в одном направлении: другими словами, если иск был подан в форме обычного процесса, суд не может выдать ордер на рассмотрение дела в новом сокращенном процессе, т.е. в данном случае оценка судом сложности дела роли не играет.

20. Если суды не имеют свободы действий при решении вопроса, какая процедура наиболее подходит для данного судебного процесса, тем более немислимо, что суды отказываются принимать во внимание дела, считающиеся банальными или неуместными: несерьезные и безосновательные иски в конечном итоге отклоняются, но их непринятие равняется отказу от фундаментального права на доступ к правосудию и нарушению принципа равенств.

VII. Многостороннее судебное разбирательство

21. Восприимчивость итальянского гражданского процесса к современным проблемам судебного процесса далеко не выдающаяся. Коллективные иски о судебном запрете были введены только в 1990-х гг. под давлением закона ЕС, но так и не стали широко распространенными. Только в 2009 г. «коллективный иск» о возмещении вреда стал доступен потребителям и пользователям¹, по крайней мере до сих пор он не отменен. На самом деле на июнь 2011 г. было подано только семь коллективных исков и только один признан допустимым (т.е. разрешено его развитие как коллективного иска): относительно исхода дела невозможно выдвигать какие-либо предположения, хотя можно предположить, что стороны будут разрабатывать коллективное соглашение для того, чтобы избежать риска рассмотрения дела в суде, которое может занять несколько лет, прежде чем будет вынесено решение.

22. Большинство итальянских ученых совместно с итальянским обществом в целом считают, что коллективное возмещение является одной из целей современного гражданского судопроизводства. К сожалению, действующий закон не соответствует ожиданиям в отношении рассмотрения и эффективной защиты коллективных прав.

VIII. Справедливый результат или строгий формализм

23. В принципе суды должны разрешать дела применяя действующий закон: это правило установлено ст. 113 Гражданского процессуального кодекса и известно как принцип законности судебных решений. Этот принцип связан с конституционным

¹ См. ст. 140-*bis* итальянского Кодекса прав потребителей. Английскую версию этой статьи и комментарий см.: N. Calcagno, *Italian Class Action: The Beginning* // <http://ssrn.com/abstract=1875424>

положением, в соответствии с которым «судьи подчиняются только закону»¹. На этом фоне возникает вопрос о том, как суды толкуют закон, но решено, что принцип законности, сам по себе, не имеет прямого отношения к методам толкования закона, к которым прибегают суды, ни один из них не сводит к нулю определенную меру судебного усмотрения в процессе толкования.

24. Трудно сказать, на что более ориентирована итальянская система судопроизводства — на строгий формализм или на достижение справедливого результата. Конечно, представление о суде как о «решателе задач» встречается с изрядной долей скептицизма в свете очень неплодотворной работы судебной системы.

IX. Свободный доступ к государственным услугам или полугомерческий источник доходов государственного бюджета

25. Гражданское судопроизводство не бесплатно. Не принимая во внимание гонорар адвоката, формирование судебного дела требует уплаты единовременного платежа (*contributo unificato*) в государственную казну: сумма платежа варьируется в зависимости от стоимости иска и типа инициированного разбирательства (например, обычное разбирательство в суде первой инстанции, исполнительное производство, супружеские разбирательства и т.д.). Тенденция к росту такого налогового бремени была подтверждена законом, принятым в июле 2011 г. (Закон № 111 от 15 июля 2011 г.): многочисленные освобождения от платежей были отменены, то же касается дел, в которых освобождение от платежей имело социальное значение, к данной категории дел относятся трудовые дела, дела о раздельном проживании супругов и разводе.

26. Разумное объяснение новых мер в сфере судебных сборов только частично состоит в необходимости предоставления государству денежных средств для покрытия расходов на обеспечение функционирования судебной системы — прежде всего это еще один шаг в стратегии, направленной на снижение нагрузки на суды. И повышение расходов на правосудие может быть очень эффективной стратегией в стране, в которой те, кто не могут позволить себе доступ к правосудию, не могут — к сожалению — рассчитывать на своевременное и адекватное финансирование системы юридической помощи².

X. Ориентация на пользователя?

27. В Италии общество не единообразно в мнениях, но нет разногласий относительно оценки системы гражданского судопроизводства: она не работает — и, что вероятно еще хуже, — никто не знает, как заставить ее работать. Непрофессиональные участники гражданского процесса не удовлетворены, но не удовлетворены и профессиональные участники, и в обстановке общей неудовлетворенности система стоит на месте «в ожидании Годо». Будем надеяться, что как можно скорее господин Годо появится и сотворит немного волшебства.

¹ Предложение 2 ст. 101 Конституции Италии.

² См.: F. Carpi, *Legal Aid in Italy and Europe* // F. Carpi, M. A. Lupoi (ed.), *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*, Torino, Giappichelli Editore, 2001, p. 3.

Ван Ре (C.H. van Rhee)¹

НИДЕРЛАНДСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД с дополнительными сведениями по Бельгии и Франции²

I. Введение

1. Данный доклад касается вопросов, сформулированных профессором А. Узе-лачем, основным докладчиком секции 2 «Цели гражданского процесса» ежегодной конференции Международной ассоциации процессуального права (Москва, Российская Федерация, 18–21 сентября 2012 г.). Данный доклад был завершен в сентябре 2011 г. и основывается на материале Голландии³. В нем также содержатся дополнительные сведения по Бельгии и Франции, приведенные в сносках. Эти сведения были любезно предоставлены профессором Б. Аллемерсом (Левенского католического университета) и профессором Ф. Ферраном (Университет Жана Мулена — Лион 3).

II. Цели гражданского судопроизводства

2. В Голландии не существует консенсуса относительно целей гражданского судопроизводства. Однако в кругах юристов и ученых-правоведов обычно выделяются по меньшей мере три цели:

- а) властное установление прав, признанных в частном праве, и обеспечение их судебной защитой (разрешение диспутов);
- б) демонстрацию эффективности частного права⁴;
- в) развитие частного права и гарантированность его единообразного применения^{5, 6}.

¹ Профессор Маастрихтского университета (*Maastricht University*) (Нидерланды).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен студенткой Л. Фатхулиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

³ Автор хотел бы поблагодарить доктора Ф. Фернхута за его комментарии к более ранней версии этого доклада и г-на Р. Дэвидсона за проверку английского текста.

⁴ Согласно Бенуа Аллемерсу, в Бельгии не только эффективность частного права под угрозой, но также и эффективность системы судопроизводства в целом. В каждом отдельном случае бельгийские судьи по крайней мере неявно пытаются продемонстрировать, что в конечном счете система является эффективной.

⁵ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken (in cooperation with I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, The Hague, BJu, 2003, p. 33–46. См. также: Eidem, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, The Hague, BJu, 2006, p. 27–32 (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2006/02/01/uitgebalanceerd-eindrapport-fundamentele-herbezinning-nederlands-burgerlijk-procesrecht.html>; последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

⁶ Согласно Ф. Феррану, следующие цели гражданского судопроизводства обычно выделяют во Франции юристы ученые: (1) определение и осуществление прав, признанных независимым частным правом и (2) демонстрация эффективности частного права и реализации «социального мира». Развитие и единообразное применение частного права официально не упомянуты как цели французского гражданского судопроизводства. Однако практически эти цели признаны, где *Cour de cassation* затронут.

3. Властное установление прав и принудительное соблюдение их в судебном порядке в случаях, когда одна сторона не выполняет свои обязательства, является первостепенной целью гражданского права и, как правило, по этой причине инициируются судебные разбирательства в Голландии (как и везде). По мнению голландского правительства¹, это основная цель в гражданском процессе. Правительство считает, что судебное разбирательство должно рассматриваться как *ultimum remedium* и должно быть инициировано только когда все другие возможности примирения уже исчерпаны. Однако, по мнению юристов и ученых правоведов, это слишком узкая трактовка, поскольку, как они полагают, две другие цели, обозначенные выше, не менее важны. Поскольку судебное разбирательство происходит публично, юристы и ученые считают, что это играет важную роль, так как демонстрирует последствия за неисполнение обязательств в частном праве (в случае, когда не будет заинтересованности в судебном разбирательстве; в этом смысле данная цель может выступать как так называемое позитивное влияние в экономической теории)². Когда эти последствия принуждают к соблюдению прав, это может послужить хорошим стимулом для всего общества действовать правомерно, не прибегая к судебным разбирательствам, поскольку будет демонстрироваться эффективность права в схожих делах. Также это может предотвратить случаи, когда одна сторона будет иметь правовое преимущество, что может произойти в обществах, где частные права не имеют очевидной силы. В итоге предполагается, что индивидуальное судебное разбирательство может иметь значимость шире, чем само разрешение отдельного спора.

4. Широкая значимость гражданских дел также проявляется в третьей цели гражданского процесса, которая выделяется в Голландии (3), — это развитие права и гарантированность его единообразного применения. Хотя это может и не быть в интересах сторон, участвующих в отдельном споре (это также является позитивным влиянием, хотя и отличным от показательных дел, например в спорах со страховыми компаниями), эта цель также выделяется как основная голландскими учеными и юристами. Наличие большого числа периодических изданий, а теперь и интернет-ресурсов, публикующих схожие дела с комментариями, — лишь подтверждение того, что к данной цели в Голландии относятся с должным вниманием³. Это также может предотвратить будущие иски, поскольку на многие вопросы о применении Гражданского кодекса и относящихся к нему статуты ответы могут быть даны на базе предыдущих дел, без необходимости заведения нового дела.

5. К сожалению, вне круга юристов и правоведов, в особенности в правительстве, мнения расходятся (мнение правительства описано выше). Это стало заметным, когда группа из трех профессоров университета представила свои идеи о будущем системы

¹ *Contourennota* 1998, p. 2, 15 sqq; *Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht*, p. 8 // <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/02/05/reactie-fundamentele-herbezinning-burgerlijk-procesrecht-7026.html> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

² См., например, доклад Луи Висхера «Правовой и экономический взгляд на гармонизацию процедурного закона» (*A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law*) в издании: X. Kramer, C.H. van Rhee (ed.), *Globalisation of Civil Procedural Law*, Springer, 2011.

³ Главное собрание прецедентного права — *Nederlandse Jurisprudentie* — «голландское прецедентное право», который также содержит влиятельные аннотации дел ведущих адвокатов.

гражданского процесса в Голландии в своем промежуточном отчете в 2003 г.¹ Они полагали, что судебный процесс не должен рассматриваться как *ultimum remedium*, т.е. как крайний способ, к которому можно прибегнуть только после попыток уладить разногласия вне суда (в том числе после процедур примирения и др.). Эти другие мнения не генерируют то, что я квалифицирую как позитивное внешнее влияние, которое реализуется в целях (2) и (3) гражданского судопроизводства. Процедура примирения, к примеру, не может показать ни эффективности частного права в тех ситуациях, когда одна сторона не желает смириться со своими обязанностями (в этих случаях обычно необходимо перевести дело в государственный суд, если процедура примирения уже не была санкционирована судом), ни выступить в качестве двигателя развития этого права в его единообразном применении, поскольку оно по своей природе реализуется вне публичной собственности. Конечно, это менее проблематично, показательное дело не решается в процедуре примирения и это позволяет государственным судам вмешиваться в спор (после неудачной процедуры примирения государственные суды должны быть всегда доступны), однако будет ли это реализовано на практике? В аспекте второй и третьей цели гражданского судопроизводства, выделенных в Голландии, рассмотрение судебных разбирательств как *ultimum remedium* является необоснованным. Тем не менее министр юстиции в итоговом отчете 2006 г. занял позицию трех университетских профессоров², придерживаясь *ultimum remedium*, в основном по причине того, что процедура примирения и другие аналогичные процедуры не оплачиваются из государственного бюджета либо менее затратны в отличие от судебных разбирательств³.

6. В недавней полемике между правительством, с одной стороны, и юристами и правоведами — с другой, были затронуты цели гражданского судопроизводства в споре о поправках в законодательство, которые касались повышения судебных тарифов в Голландии⁴ (суммарный доход должен удвоиться) с той целью, чтобы система гражданского правосудия начала окупаться к 2013 г. за счет ее потребителей⁵ (однако, хотя государство заявляет, что повышение пошлин будет означать, что 100% расходов системы гражданского судопроизводства будет покрываться судебными пошлинами, на практике предложенные изменения закроют лишь около 64%)⁶.

¹ См.: W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken (in cooperation with I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, The Hague, BJu, 2003, p. 33–46.

² *Visie op het civiele proces: reactie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht*, p. 8 (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/02/05/reactie-fundamentele-herbezinning-burgerlijk-procesrecht-7026.html>; последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

³ Согласно Ф. Феррану, судебный процесс по гражданскому делу не замечен как *ultimum remedium* во Франции. Даже притом, что механизмы *ADR* (так называемый *Modes alternatifs de règlement des litiges* или *MARC*) продвигаются государством.

⁴ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/04/04/wetsvoorstel-invoering-van-kostendekkende-griffierechten.html> (last consulted in September 2011).

⁵ И истцы, и ответчики традиционно делают взносы в суд в Нидерландах. Ответчик в случаях мелких претензий («кантональные» случаи до 25 000 евро) освобожден от этого. Взносы в суд могут быть восстановлены побеждающей стороной от проигрывающей стороны.

⁶ См. <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/04/04/memorie-van-toelichting-invoering-van-kostendekkende-griffierechten.html> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.). Голландское правительство следует примеру Англии и Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии, где взносы в суд также собираются в такой сумме, чтобы покрыть расходы на систему гражданского судопроизводства.

В своем разъяснительном письме¹ правительство оправдывает некоторые резкие повышения пошлин (в некоторых случаях пошлина увеличится в 52 раза по сравнению с нынешней ценой!)² тем, что (1) судебные разбирательства будут рассматриваться как персональная ответственность участвующих (другими словами – как товар), подчеркивая что только 5% из всех возможных конфликтов доходят до суда, а 95% споров решаются досудебными процедурами. При чтении разъяснительного письма, может создаться впечатление, что государство считает, что только наиболее «упрямый» доводит дело до суда и должен заплатить за это. По мнению правительства, это не должно быть в целом публично, поскольку нет выгоды от судебного рассмотрения подобного спора. Двумя другими причинами являются: (2) повышение судебных пошлин в связи с государственной программой по совершенствованию системы правосудия (хотя трудно представить, каким образом это будет достигнуто, учитывая, что предполагается только переложить затраты с государства на стороны судебного дела; суды не получают от этого дополнительного бюджета)³ и (3) повышение судебных пошлин необходимо для снижения государственного бюджета.

7. Различные структуры и организации были опрошены с целью представления своих комментариев по законопроекту. По итогам опроса, включая Голландский судебный совет⁴, Президента и Генерального прокурора в Верховном кассационном суде Голландии (*Hoge Raad*)⁵, ясно, что в адрес предложенного законопроекта поступило много критики, поскольку полагается, что в большей мере это угрожает доступу к правосудию; большое число дел не будет представлено в суде по экономическим причинам, а также теми, для кого после уплаты повышенной пошлины теряется смысл подачи заявления в суд (это будет происходить, несмотря на то, что в разъяснительном письме утверждается, что для 60% населения пошлина будет менее повышенная, однако даже для этой группы пошлина будет достаточно высока). В результате позитивное внешнее влияние, такое как демонстрация эффективности права, в этом случае будет под угрозой, приводя к высокой цене для общества в целом (должники по искам с небольшой задолженностью, к примеру, не захотят выплачивать долг добровольно по новой системе, поскольку это будет эффективнее, и наоборот, неэффективно для кредиторов, которые сомневаются, выиграют ли они или будет ли в состоянии должник выплатить долг, и не будут обращаться за этим в суд из-за высокой пошлины). Поэтому если законопроект

¹ См. с. 1–2; доступно в Интернете по адресу: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/04/04/memorie-van-toelichting-invoering-van-kostendekkende-griffierechten.html> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

² См.: Council for the Judiciary (*Raad voor de Rechtspraak*) in its advisory opinion to the Minister of Safety and Justice, *Advies wetsvoorstel kostendekkende griffierechten* (21 June 2011), p. 7 // <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Adviezen%202011/Advies-wetsvoorstel-kostendekkende-griffierechten-21-6-2011.pdf> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

³ Правительство заявляет, что более высокие взносы в суд стимулируют «новшество», так как они приведут к открытию сторон способов решить большее число споров за пределами суда. Более высокие скупые взносы, по его мнению, также что у истцов будут более высокие ожидания отправления правосудия, которое с точки зрения правительства будет стимулировать суды, чтобы ввести новшества, действительно несколько любопытная цепь рассуждений.

⁴ См. примеч. ниже.

⁵ Доступно в Интернете по адресу: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/Griffierechten.pdf> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

будет одобрен, сравнительно небольшая сумма сэкономленных на системе правосудия денег в бюджет (240 млн в год; население Голландии составляет 16 692 382 человека на 1 сентября 2011 г.) вредит экономике Нидерландов из-за отсутствия совершенной системы правосудия, а также из-за того, что международный бизнес сочтет нидерландскую систему гражданского правосудия менее привлекательной¹.

III. Вопросы, рассматриваемые в рамках гражданского судопроизводства

8. Материалы в гражданском судопроизводстве охватывают не только вопросы, являющиеся предметом спора. Это обусловлено наличием в Голландии двух способов обращения с делом в суд (это не будет предметом рассмотрения в данном докладе), от которых впоследствии будет зависеть вид судебных процедур. Изначально ординарные судебные действия начинались с вызова в суд (*dagvaarding*) и применялись по отношению к противоположной стороне судебным приставом (*deurwaarder*; по-французски *huissier de justice*). Не состязательные дела, наоборот, изначально доводились до суда через ходатайства (*verzoekschrift*). Хотя это строгое разделение инициирования судебного разбирательства стало более общим, в том смысле что в настоящий момент некоторые оспариваемые дела иницируются по ходатайству², истоки разделения между этими двумя способами лежат в признании того факта, что суды также рассматривают неоспоримые дела (так называемая добровольная подсудность или подсудность *ex parte*; по-французски *juridiction gracieuse*)³.

9. Неоспоримые дела, рассматриваемые в голландском гражданском судопроизводстве, очень различны, однако говоря об их общих чертах, можно выделить то, что они так или иначе административные по своей природе, и действия, которые истец требует предпринять, могут быть санкционированы судом, поскольку затрагиваются вопросы публичного характера, к примеру усыновление, назначение опекуна, постановление под опеку, эмансипация малолетнего⁴.

10. Административные задачи судов, упомянутые выше, скорее ограничены по сравнению их с административными задачами судов в других юрисдикциях. Голландские суды, как правило, не участвуют в процедурах правоприменения (за исключением случаев, когда правовые вопросы возникают в их результате, и в строго установленных инстанциях)⁵ либо в регистре временного хранения информации земель или компаний⁶. Также наличие нотариатов в Голландии сви-

¹ Согласно Бенуа Аллемерсу, взносы в суд Бельгии покрывают только 10 % затрат системы судопроизводства. Увеличение взносов в суд не находится на повестке дня, и это с политической точки зрения неприемлемо.

² Примеры: слушания о разводе и оспаривание расторжения трудового договора.

³ *Hugenholtz/Heemskerk*, No. 34.

⁴ Статьи 1:227, 1:295, 1:378 и 1:235 Гражданского кодекса Нидерландов соответственно.

⁵ Исполнительное производство — область специализированных чиновников исполнительного процесса, которые назначены государством и которые функционируют за пределами суда; они известны как *deurwaarders* (помощники шерифа суда) и ведут свое происхождение от французских *huissiers de justice*.

⁶ Ведение таких регистров — задача специализированных агентств; права на землю или другие права на недвижимость (недвижимость), по которой регистр проводит *Kadaster* (см. <http://www.kadaster.nl/>; последнее посещение: сентябрь 2011 г.), тогда как регистр компаний ведется торговыми палатами.

детельствует о работе различных специализированных и обученных государственно-аккредитованных организаций вне судебной системы. Это говорит о том, что при определении целей гражданского судопроизводства административные дела не играют преобладающей роли, как в других юрисдикциях¹.

IV. Соотношение защиты частных прав и защиты публичных интересов

11. В отличие от дел с административной природой, где внимание к публичным интересам лежит в основе вверения их судам (см. примеры выше; часто затрагиваются интересы третьей стороны, такие как интересы малолетних), нельзя сказать что голландская система гражданского судопроизводства налагает сильное влияние на дальнейшие дела, связанные с публичными интересами, или на государственную политику через гражданскую систему правосудия². Голландская система, к примеру, не знает штрафных убытков или сравнительного института. Естественно, есть вопросы, которые суд должен брать во внимание *ex officio* при вершении правосудия (например, применимый закон, включая международное право: *ius curia novit*)³, где суд также имеет определенную возможность гарантировать надлежащее и эффективное вершение правосудия, однако вне этой сферы суды обычно не имеют задачи по расширению дальнейших социальных или внешних целей.

12. При достижении целей гражданского судопроизводства суды могут принимать помощь от членов государственного министерства, которые выполняют исполнительную функцию. Государственное министерство не может инициировать процесс касательно общественного порядка (например, прошение в суд признать брак недействительным или требование о ликвидации юридического лица, чья деятельность идет вразрез с общественным порядком), однако может представлять свои советы судам, называемые *заключениями* государственного министерства⁴. Это особенно важно в Верховном суде кассации Голландии. Там, однако, заключения делаются не государственным министерством, а Генеральным прокурором и Генеральными адвокатами Верховного суда, которые с 1999 г. официально функционируют независимо⁵. Эти заключения часто очень влиятельны и публикуются в собраниях прецедентного права⁶.

¹ Согласно Б. Алемеерсу, административные задачи судов в Бельгии сопоставимы с ними же в Нидерландах. Отличающаяся от Нидерландов бельгийская судебная власть также вовлечена в наблюдение парламентских выборов.

² Как в Нидерландах, область гражданского судопроизводства во Франции не только охватывает оспариваемые вопросы (*juridiction contentieuse*). Согласно Ф. Феррану, неоспариваемые вопросы (*matière gracieuse*) также принадлежат юрисдикции французских гражданских судов (см. ст. 25 *Code de procédure civile*). Неоспоримые вопросы (такие как принятие, эмансипация младшего и назначение опекуна) начаты посредством ходатайства (*requête*), в то время как оспариваемые вопросы обычно начинаются присваиванием (предписание вызова). Было предложено передать некоторые неоспоримые вопросы другим чиновникам, а не судье, например клерку суда (в частности, заказы на оплату). Цель этого предложения состоит в том, чтобы позволить судье концентрироваться на оспариваемых вопросах и увеличивать эффективность судов. См. особенно: [Rapport Guinchard], *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, Doc. française, 2008, p. 21–22.

³ Статья 25 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁴ Статья 20 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁵ Статьи 42–44 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁶ Статьи 111 и следующие Кодекса судебной организации в Нидерландах.

V. Соотношение корректного установления обстоятельств дела и необходимости осуществления эффективной защиты прав за соответствующий период времени

13. Установление материально-правовой истины не является неперменной задачей голландского судьи по гражданским делам; представленные одной из сторон факты, которые не оспариваются или недостаточно оспариваются другой стороной, не нуждаются в доказывании и могут составить основу судебного решения. У судьи нет полномочий исследовать данные факты лично¹. Оспариваемые факты, однако, могут быть *ex officio* объектом пристального исследования путем, например, судебного осмотра (такого, как осмотр судьей недвижимости, являющейся предметом спора), заслушивания экспертов или опроса сторон². Кроме того, ст. 21 голландского Гражданского процессуального кодекса гласит, что стороны обязаны представить все факты, которые имеют отношение к их делу в правдивой форме. Если эта обязанность не выполняется, то судья имеет право сделать необходимые выводы из этого³.

Такое разделение полномочий между судьей и сторонами может быть признаком того, что система голландского гражданского правосудия пытается найти определенный баланс между решением на основе надежной фактологической основы, с одной стороны, и скоростью и эффективностью в достижении этого решения — с другой.

VI. Развитие нового прецедентного права и массовое рассмотрение однообразных дел

14. Как и голландские суды первой инстанции, Верховный кассационный суд Нидерландов (который является основным источником прецедентного права) не имеет механизма отбора дел, например дел, важных для развития нового прецедентного права⁴. Нет системы, позволяющей довести дело до Верховного суда^{5, 6}.

¹ Статья 149 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

² *Hugenholtz/Heemskerk*, No. 78.

³ Согласно мнению Ф. Феррана, во Франции стороны обладают контролем над «спорным вопросом» и даже могут «в соответствии с явно выраженным согласием и осуществлением прав, которые они могут свободно отчуждать, ограничивать судью в отношении правовых определений и аргументов, которыми он намерен ограничить процесс» (ст. 12 (3) *Code de procedure civile*). Это демонстрирует, что установление материальной истины не является необходимой задачей судьи по гражданским делам. Во Франции стороны не обязаны подавать все факты правдивым образом (в отличие от Германии и Нидерландов), они несут ответственность за утверждение и доказательство фактов, на которых основывают свои требования или возражения (ст. 6 и 9 *Code de procedure civile*). Однако необходимо, чтобы они добросовестно сотрудничали во всех следственных действиях, которые могут быть назначены судьей (ст. 11 *Code de procedure civile*). Судья имеет полномочия для того, чтобы распорядиться продлить любую юридически допустимую меру расследования (*mesure d'instruction*, ст. 10 *Code de procedure civile*) *ex officio*.

⁴ Основания для обжалования в кассационном порядке могут быть найдены в ст. 79 нидерландского Кодекса судебной организации.

⁵ Для того чтобы суд кассационной инстанции сконцентрировался на соответствующих вопросах, он может в настоящее время использовать процедуру, предусмотренную ст. 81 нидерландского Кодекса судебной организации, которая позволяет суду дать сокращенное обоснование своего решения, если рассмотрение дела, разумеется, не приведет к отмене решения суда первой инстанции.

⁶ По словам Б. Аллемеекса, гражданские дела, поступающие в бельгийский кассационный суд неофициально фильтруются 20 специализированными кассационными адвокатами, которые имеют монополию на представление интересов клиентов в этом суде.

Обычные апелляции в обычные апелляционные суды, однако, могут быть поданы, если стоимость иска, рассмотренного судом первой инстанции, превышает 1750 евро¹. Едва ли это работает как серьезный механизм отбора².

15. В настоящее время кассационное судопроизводство находится под наблюдением. Государственная следственная комиссия составила проект доклада (2008)³, в котором указывается, что значительно число дел, дошедших до суда кассационной инстанции, не ставящих вопросов, важных с точки зрения сохранения единства права, развития законодательства или правовой защиты отдельных граждан. В докладе рассматриваются различные варианты усиления роли кассационной инстанции, позволяющие ей рассматривать только дела, важные с вышеупомянутой точки зрения. Один из вариантов позволяет суду объявлять несущественные дела неприемлемыми. В то же время рассматриваются альтернативные пути доведения значимых дел до кассационного суда, такие как ужесточение процедуры кассации в интересах закона, который позволяет Генеральному прокурору в суде начинать кассационный процесс, даже если стороны не принимали такого решения (и, следовательно, постановление суда кассационной инстанции не повлияет на правовое положение сторон, но будет значительным для юридического сообщества в целом)⁴, а также возможность позволить нижестоящим судам по гражданским делам представлять предварительные вопросы в суде кассационной инстанции в массовых судебных разбирательствах. Новое законодательство ожидает решения нижней палаты парламента⁵. Предлагаемое законодательство позволяет кассационной инстанции объявить кассационную жалобу неприемлемой, если на основании обстоятельств дела, изложенных в жалобе заявителя, и обстоятельств дела, изложенных в возражении ответчика, она приходит к выводу, что жалоба не оправдывает разбирательства в кассационной инстанции, либо потому, что истец заинтересован в кассационном разбирательстве, либо потому, что жалоба не может привести к отмене решения суда первой инстанции. По словам одного автора, предложенный законопроект не дает выбора у входа в суд, но только после того, как вход был пройден⁶. Тем не менее косвенно это может позволить суду кассационной инстанции выбирать важные дела исходя из вышеупомянутых точек зрения. Кроме того, на рассмотрении находится закон, позволяющий, при опре-

¹ Статья 332 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

² Во Франции обычные апелляции могут быть предъявлены, только если стоимость иска превышает 4000 евро. Ф. Ферран утверждает, что дальнейший пересмотр в порядке апелляции возможен и доступен в Кассационном Суде (нет прямого механизма отбора дел, как в Германии). Однако в Кассационном Суде в 2001 г. было введено «недопущение процедуры»: кассационное обжалование может получить предварительный отказ (объявлено недопустимым), если оно не основано на серьезных кассационных основаниях.

³ *Versterking van de Cassatierechtspraak. Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad* (http://internetconsultatie.nl/versterking_cassatierechtspraak/document/145; последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

⁴ См. по-прежнему актуальную докторскую диссертацию: W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet. Een buitengewoon rechtsmiddel*, Arnhem, Gouda Quint bv, 1994.

⁵ *Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak)*, Kamerstukken II 2010/11, 32 576 (http://www.tweede-kamer.nl/images/32576%20bij_tcm118-215850.doc; последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

⁶ H.J. Snijders, *Verandering van cassatierechtspraak // Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2011/3, p. 81–88, особенно с. 82.

деленных обстоятельствах, нижестоящим судам представлять предварительные вопросы в кассационной инстанции^{1, 2}.

VII. Соотношение дела и процесса³

16. Нидерланды не знают специализированных судов по гражданским делам — хотя существуют различные специализированные подразделения в обычных судах⁴ — только несколько специальных процессов, быстрый и неофициальный процесс принятия временных мер в неотложных случаях⁵. Существует одна стандартная модель процедуры состязательного процесса (процедура вызова)⁶, которая может применяться с определенной степенью гибкости судей с учетом особенностей дела. Следовательно, нет особой исковой процедуры для исков небольшой стоимости по внутригосударственным делам. Иски стоимостью до 25 000 евро и некоторые специфические предметы спора находятся в компетенции кантональной секции суда первой инстанции (кантональная секция суда была сформирована, когда низший суд первой инстанции — *Kantongerecht* — был объединен с общим судом первой инстанции), в которой стороны могут судиться лично без помощи адвокатов (здесь же применяется единая, гибкая стандартная процессуальная модель). Иски большой стоимости должны рассматриваться обычной гражданской секцией общего суда первой инстанции, при этом участие адвокатов является обязательным. Нет механизма отбора важных и актуальных дел, истец подает иск, касающийся его собственных прав и обязанностей, а не общего интереса (в последнем случае его требования будут объявлены недопустимыми)⁷. Как указывалось выше, в настоящее время в Нидерландах идет дискуссия вокруг введения механизмов фильтрации в Верховном кассационном суде.

17. Пропорциональность между делом и процессом может быть достигнута путем скорейшего урегулирования дела. Обычно процесс в первой судебной инстанции Нидерландов направлен на такое урегулирование дела. В связи с этим суды обязаны — если судья считает, что производство по делу будет бесполезным — потребовать явки сторон в суд на начальной стадии судебного разбирательства⁸. Кроме того,

¹ *Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*, Kamerstukken II 2010/11, 32612 (<http://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vimkmlhu8npzv?ctx=vimkml1d6cwx1>; последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

² По Ф. Феррану, во Франции в ходе гражданского судопроизводства первой инстанции или апелляционный суд может приостановить слушания, чтобы задать Кассационному суду правовой вопрос. Это часто делается, когда новый закон, еще не истолкованный Кассационным судом, должен быть применен. Этот механизм называется *saisine pour avis de la Cour de cassation*. Суд кассационной инстанции только выражает «мнение», которое не обязательно для судов низшей инстанции. Тем не менее суд обычно следует этому «мнению».

³ Я не буду здесь обсуждать выводы, связанные со способом финансирования голландской судебной системы. Этот способ финансирования предназначен для стимулирования судов и судей к эффективному рассмотрению дел.

⁴ Бельгии известны специализированные отделения в составе судов, в стране также есть различные специализированные суды.

⁵ Статьи 254–259 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁶ Я не буду обсуждать процедуру, начатую по ходатайству, которая иногда применяется в состязательных делах — см. выше.

⁷ Статья 3:303 Гражданского кодекса Нидерландов.

⁸ Статья 131 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов. См. также ст. 87 и 88 этого же Кодекса.

для того чтобы дать сторонам возможность урегулировать их дело на начальной стадии с минимальным участием судебных органов, законом от 17 декабря 2009 г.¹ была введена специальная процедура (*deeltgeschillenprocedure*) в отношении исков о возмещении ущерба, причиненного в результате физической травмы или смерти². Одна из сторон в таких делах может попросить судью, как до, так и в течение судебного разбирательства, решить вопрос, который разделил мнения сторон, но только если такое решение может поспособствовать урегулированию сторонами своего дела без судебного разбирательства через мировое соглашение (*vaststellingsovereenkomst*).

VIII. Многостороннее судебное разбирательство

18. Многостороннее судебное разбирательство в Нидерландах до сих пор находится в зачаточном состоянии. Ограничены возможности довести такой процесс до нидерландских судов, хотя он не может быть приравнен к классовому и групповому иску, известному в других юрисдикциях³. Голландские альтернативы рассматриваются ниже.

19. Гражданский кодекс Нидерландов содержит ряд статей, посвященных судебным разбирательствам организаций в интересах их членов или в общем интересе. Первоначально иски, предъявляемые организациями, признавались неприемлемыми в соответствии с правилом, что иск может быть предъявлен лишь тогда, когда истец судится в своем личном интересе⁴. Позднее такие иски стали допускаться судами. В 1994 г. в Гражданский кодекс были внесены изменения с введением ст. 3:305 и 3:305b, а в 2001 г. — с добавлением ст. 3:305c. В данных статьях право фондов, ассоциаций, обладающих полной правосубъектностью, и других субъектов права подавать иск в интересах коллектива признается при определенных условиях. Условия заключаются в том, что интересы тех, от кого был подан иск, должны быть схожими по природе и в том, что цели представления их интересов выражены в документах, на основании которых юридическое лицо было создано (*statuten*)⁵. Возмещение вреда не может быть заявлено в исках, поданных таким путем.

20. В 2005 г. ст. 7:907—910 были введены в голландский Гражданский кодекс и ст. 1013—1018 в Гражданский процессуальный кодекс. Эти статьи регулируют ситуации, в которых большое количество физических лиц понесло ущерб, причиненный действием или согласованными действиями, совершенными одним (несколькими) физическим или юридическим лицом. Данные статьи предоставили возможность физическим или юридическим лицам, понесшим ущерб, и фондам или ассоциациям представлять интересы тех, кто понес ущерб, в достижении соглашения, которое

¹ *Official Journal (Stbl.)* 2010, 221; вступил в силу 1 июля 2010 г.

² Статьи 1019w—1019cc Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

³ Бельгия не знает групповых исков или аналогичные виды судебных разбирательств.

⁴ Ст. 3:303 Гражданского кодекса Нидерландов.

⁵ По словам Б Аллемерса, в Бельгии *Eikendael doctrine* учит, что юридические лица не могут представлять интересы других людей, они могут подавать иски только в своих собственных интересах. В настоящее время существуют некоторые разногласия по этому вопросу, но маловероятно, что в ближайшее время будут внесены изменения в бельгийское законодательство. Есть несколько исключений; *Eikendael doctrine*, например, там, где речь идет о гражданском судопроизводстве по делам касающимся расизма или экологических проблем.

может быть представлено апелляционному суду в Амстердаме для того, чтобы оно было санкционировано как соглашение, применимое ко всем лицам, понесшим ущерб в контексте соглашения. Решение является обязательным для всех участников спора, за исключением тех, кто решил уклониться.

IX. Справедливый результат или строгий формализм

21. В течение нескольких десятилетий (особенно с 1970 г.) ключевым словом голландского гражданского процесса было слово «деформализация», т.е. устранение ненужного формализма. Сторона процесса не должна уметь применять нормы гражданского процесса для того, чтобы выиграть свое дело, но иск должен описать специфическую проблему, которая разделяет стороны. Кроме того, нарушение процессуальных правил должно приводить лишь к санкциям, если защищенному интересу нарушением нормы фактически причинен ущерб¹.

22. К числу последних примеров «деформализации» относится инициирование конкретного иска ненадлежащим способом, а именно через подачу искового заявления, в котором извещение ответчика о предъявленном ему иске предусматривается или не предусматривается, это не приводит к признанию недопустимым требования, но требуется исправление ненадлежащего начала процесса; как дата начала процесса будет сохранена первоначальная дата, даже если процесс был начат в ненадлежащем порядке². В качестве другого примера можно привести то, что сторонам, которые представляют свои интересы лично, в тех случаях, когда юридическое представительство обязательно, судом предоставляется возможность исправить их упущения без прекращения процесса³. Также все виды нарушений, касающиеся вызова в суд, приведут только к тому, что вызов в суд будет объявлен недействительным, если можно предположить, что интересам получателя повестки был причинен ущерб необоснованным образом действий⁴.

X. Решение проблемы или рассмотрение дел

23. Решение проблемы не является, по мнению большинства голландских авторов⁵, основной целью системы гражданского судопроизводства, хотя решение проблемы может быть побочным продуктом ее функционирования (в гражданском производстве нидерландские суды рассматривают, возможно ли дружественное урегулирование спора). Основной целью системы гражданского правосудия является вынесение авторитетных, обеспеченных правовой санкцией решений в разумные сроки. Это, по мнению тех же

¹ *Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg* (effective from 2002), Explanatory memorandum, Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, No. 3, p. 5 // <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/26855/kst-26855-3?resultIndex=33&sorttype=1&sortorder=4> (последнее посещение: сентябрь 2011г.).

² Статья 69 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов; например, актуально в свете давности.

³ Статья 123 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁴ Статья 66 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов.

⁵ Например: W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken (in cooperation with I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, The Hague, BJu, 2003, p. 35 sqq., ch. 5.

авторов, главное отличие от, например, медиации. Медиация имеет совершенно иную природу по сравнению с осуществлением правосудия в суде общей юрисдикции, она позволяет сторонам найти решение конфликта, которое удовлетворяет обе стороны.

XI. Свободный доступ к государственным услугам или полукommerческий источник доходов государственного бюджета

24. Нидерланды не признают принципа бесплатного осуществления гражданского правосудия. По разным причинам это неприемлемо в принципе. Судебные издержки заставляют стороны больше подумать о необходимости подачи иска, чем о системах, в которых судебные издержки не взимаются, это позволяет заявить, что судебные издержки оправданны, начиная с того, что в итоге стороны также получают выгоду от судебного урегулирования их дела. Однако видимый внешний положительный эффект гражданского судопроизводства для итальянского общества в целом (см. выше) является хорошим обоснованием для того, чтобы не вводить систему судебных издержек, покрывающую все расходы системы гражданского правосудия; часть расходов должна покрываться за счет государственной казны, так как общество в целом также получает пользу от гражданского судопроизводства. Как указывалось выше, нынешнее правительство предложило законопроект, направленный на внедрение системы судебных издержек, при которой расходы судебной системы покрывались бы в большей степени, чем сейчас. Предполагается, что при новой системе около 64% расходов будет покрываться частично за счет более высоких судебных издержек и частично за счет меньшего количества дел. Даже новая система не будет, однако, означать, что систему гражданского правосудия в Нидерландах можно рассматривать как «квазикommerческий источник доходов государственного бюджета», в конце концов даже в рамках предлагаемой системы государство будет нести часть расходов на осуществление гражданского правосудия.

XII. Ориентация на пользователей?

25. В течение последнего десятилетия голландский законодатель и авторы работ по праву начали рассматривать систему гражданского правосудия также с точки зрения ее пользователей. Исследования удовлетворенности потребителей проводятся на регулярной основе с самого начала нового тысячелетия, но только ограниченное количество судов первой инстанции принимали в них участие. В 2011 г. был впервые организован общенациональный опрос, в котором принимали участие не избранные суды первой инстанции, а все суды первой инстанции и все апелляционные суды, в том числе специальные административные трибуналы. Результаты опроса были опубликованы в конце 2011 г.¹

26. На данный момент самые поздние из доступных результатов были опубликованы в 2006 г. (октябрь — декабрь 2005 г.)². Эти результаты демонстрируют, что

¹ Для информации см.: <http://www.synovate.nl/content.asp?targetid=672> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

² См.: *De zaken meer op orde. Klantwaarderingsonderzoek in tien rechtbanken*, Prisma, May 2006 // <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/rapporten-en-artikelen/Documents/dezakenmeeroporde.pdf> (последнее посещение: сентябрь 2011 г.).

профессиональные судебные пользователи (адвокаты, судебные эксперты и т.д.) считают, что суды первой инстанции лучше организованы по сравнению с 2001 г. и что они также больше удовлетворены профессиональным поведением судей (около 84% респондентов в целом удовлетворены). Они поделились своим мнением о профессиональной этике судей по отношению к тяжущимся (тяжущиеся удовлетворены тем, как судья выслушивает их позиции (85% респондентов удовлетворены), тем, какое помещение предоставлено судьей для того, чтобы стороны изложили ему свою позицию (86% удовлетворены), экспертным анализом судьи и его (ее) беспристрастностью (79% удовлетворены); немногие тяжущиеся удовлетворены величиной демонстрируемого сочувствия (69% удовлетворены)). Профессиональные пользователи суда не вполне удовлетворены тем, как обоснования выражаются в решении суда: текущий способ выражения обоснований иногда делает трудным для них, установление того, есть ли дела, разрешенные схожим способом. Тяжущиеся не вполне удовлетворены продолжительностью судебного разбирательства¹, наличием информации о том, каким образом их дела будут рассматриваться в суде, помещениями в здании суда.

XIII. Заключение

27. Из приведенного доклада следует, что — после долгого периода созревания — Нидерланды провели фундаментальные реформы системы гражданского судопроизводства. Проведенные реформы успешны с точки зрения таких пользователей суда, как адвокаты и тяжущиеся. Нынешний финансовый кризис, однако, может поставить под угрозу успехи, которые были достигнуты. Планы по увеличению судебных издержек до такой степени, что судебная система в целом может быть профинансирована за счет этих сборов, могут оказаться вредными для доступа к правосудию и не оправданными, учитывая различные положительные внешние эффекты, которые судебное разбирательство частных истцов создает для общества в целом. Будем надеяться, что нынешние планы будут изменены до того, как войдут в свод законов.

Инге Лоранж Бакер (*Inge Lorange Backer*)²

НОРВЕЖСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

I. Преобладающие мнения о целях гражданского судопроизводства

1. Гражданское судопроизводство в Норвегии рассматривает споры между частными сторонами так же, как конфликты между частной стороной и публичной властью. В Норвегии есть единая система судопроизводства с судами общей юрисдикции,

¹ Опрос был проведен в 2005 г., среднее время разрешения дел в судах первой инстанции в Нидерландах сократилось на 20% — с 525 дней в 1996 г. до 413 дней в 2003 г. В этот же период доля дел, разрешенных в течение одного года, возросла с 34 до 49%.

² Профессор Университета Осло (*University of Oslo*) (Норвегия).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен Г. Ягудиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

нет отдельных административных судов¹ и очень мало специализированных судов. Обычные суды осуществляют конституционный контроль над законодательством в пределах своей компетенции.

2. За прошлые 15 лет норвежское гражданское судопроизводство подверглось многим различным реформам. Новый и полный Закон о спорах (*Dispute Act*) был принят в 2005 г.² и вступил в силу 1 января 2008 г., заменяя прежний Закон о гражданском процессе (*Act on Civil Procedure*) 1915 г.³ Цели гражданского судопроизводства были исследованы при подготовке законопроекта и закреплены во вводном разделе как цели закона. Закон о спорах, разд. 1-1, первый подраздел, говорит: «Этот закон должен обеспечить основание для слушаний гражданских споров в честной, обоснованной, быстрой, эффективной и вселяющей уверенность манере посредством общественных слушаний перед независимыми и беспристрастными судами. Закон должен охранять и потребность частных лиц в осуществлении их прав и решать их споры, и потребность общества в уважении и разъяснении правовых норм».

3. То, как различные цели должны быть сбалансированы и какой цели нужно дать приоритет в случае конфликта, мало обсуждалось в предварительных работах к Закону о споре⁴. В теории процесса цели гражданского судопроизводства отображены в трех пунктах⁵: (i) решать гражданские споры между гражданами и между гражданами и органами государственной власти, (ii) осуществлять и приводить в исполнение материальное право специальными парламентскими и подзаконными нормативными актами, и (iii) разъяснять и развивать закон. Иногда добавляют и четвертый пункт: (iv) контролировать конституционность законов и юридическую силу подзаконных нормативных актов. В отношении конфликтов между гражданином и органами государственной власти эта цель может быть замечена как необходимое дополнение ко второй цели (выполнение и принудительное осуществление материального права), но это также может быть включено в первую цель (разрешение гражданских споров).

4. Решение спора в гражданском судопроизводстве происходит посредством достижения договоренности между сторонами с помощью посредников или посредством окончательного решения, принятого судом. Закон о споре больше акцентирует альтернативное разрешение споров и посредничество суда, чем его предшественник,

¹ В этом выражается разница между восточными северными странами (Швеция и Финляндия) и западными северными странами (Дания, Исландия и Норвегия).

² Закон от 17 июня 2005 г. № 90.

³ Исследования реформ см.: Inge Lorange Backer, *The Norwegian Reform of Civil Procedure* // 51 *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, 2007, p. 41–75. См. также: Volker Lipp, Halvard Haukeland Fredriksen (eds.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, 2011.

⁴ См.: Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper ved partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part* // 46 *Jussens Venner* (2011), p. 165sq., 171–172.

⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* // Oslo, 2010, p. 3–4. По общему признанию, норвежская процессуальная теория имеет тенденцию обсуждать только кратко цели гражданского судопроизводства, и некоторые авторы обращаются к вопросу с точки зрения функций или задач гражданского судопроизводства. Йо Хов (Jo Hov, *Rettergang* // I, Oslo 2010, p. 138–139) спрашивает, какие требования должна выполнить процедура суда: в особенности исковое производство, которые правильны, по сути, и вдохновляющие уверенность в слушаниях, которые также быстры и дешевы. В скандинавской процедурной теории цели и функции гражданского судопроизводства намного более экстенсивно обсуждали шведские ученые, например Пер Хенрик Линдблом и Турбьёрн Андерссон. У цели достижения правильных решений, может казаться, есть более сильная поддержка в Норвегии, чем в Швеции.

и, таким образом, подчеркивает цель разрешения конфликта. Урегулирование споров судами не обязано, однако, приводить к результату, который удовлетворяет обе стороны, даже если они подчинились суду. Было предложено, что «воздействие на конфликт» (*conflict treatment*) будет более подходящим выражением для этого, чем «урегулирование споров»¹.

5. Было также предложено, чтобы вышеупомянутые цели отразили и указали превосходящую цель — защита юридических прав и позиций². В этом контексте можно добавить, что гражданское судопроизводство — вместе с уголовным судопроизводством — служит, чтобы монополизировать использование принуждения в обществе.

6. Поскольку у судов нет никакой законодательной власти, у третьей цели (разъяснение и развитие закона) есть ограниченное действие. В норвежской юриспруденции и правовой теории долго принималось и одобрялось, что суды должны начать активные действия по заполнению разрывов и пробелов в действующем законодательстве и обеспечить необходимое разъяснение неясного закона. В последние годы суды, может показаться, более часто воздерживаются от применения законоположений на основании конституционных положений о правах человека, даже там, где мнения о содержании последних положений могут быть разными. Правительство и парламентская комиссия в проекте Закона о споре установили, что развитие закона — задача для судов только до некоторой степени и во взаимодействии с законодательным органом, что обязательно нужно учитывать.

7. Различные цели играют различные роли на различных уровнях суда. В соответствии с проектом Закона о споре главная задача первой инстанции — окружных судов — обеспечить быстрое и эффективное урегулирование споров; главная задача апелляционных судов состоит в том, чтобы исправить ошибочные решения, вынесенные окружными судами, в то время как Верховный Суд несет особую ответственность и гарантирует однородность, разъяснение и необходимое развитие закона³.

II. Вопросы, расцененные как цели гражданского судопроизводства

8. По традиции много других задач, кроме надлежащего судебного решения, было возложено на норвежские суды, главным образом на суды первой инстанции. Они держали земельный кадастр и некоторые другие реестры, включая реестры фирм и торговли. Они имели дело с бракоразводными процессами, управляли супружеским имуществом после развода и имуществом умерших лиц (если стороны не смогли договориться сами), а также имуществом банкротов и, в особой процедуре, рассматривали вопрос о компенсации, которая должна была быть выплачена землевладельцам в случае обязательной покупки.

¹ Anne Robberstad, *Sivilprosess*, Oslo 2009, p. 3–4.

² Anne Robberstad, *cit.*, p. 2–3. Она добавляет, что с точки зрения сторон, гражданское судопроизводство может быть расценено как обеспечение форума для диалога, который борющиеся стороны обязаны посетить (с. 4).

³ Роль второго ряда — апелляционного суда — была обсуждена на 39-й Конференции скандинавских адвокатов в Стокгольме в августе 2011 г. после отчета исландского преподавателя Сигюрдюра Томаса Магнуссона. О роли скандинавских верховных судов см.: Per Henrik Lindblom, *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia* // *39 Scandinavian Studies in Law* (Stockholm 2000), p. 324–366.

9. В течение прошлых 30 лет стало тенденцией сужение задачи судов до судебного решения по оспариваемым требованиям. Эта тенденция была одобрена законодателем и не отвергнута общественностью. Текущая ситуация может быть описана следующим образом.

А) Исполнительное производство регулирует истребование *неоспариваемого долга*. Глава об исполнении Закона о требованиях 1992 г. перечисляет различные виды принудительного осуществления, но для обычных требований необходимо слушание. Оно проводится согласительными комиссиями, организациями, составленными из трех заседателей, избранных муниципальным советом; слушание начинается с жалобы кредитора и затем переключается на дебитора. Начиная с 1795 г. согласительные комиссии стали традицией в норвежском гражданском судопроизводстве, но после реформы Закона о споре они формально расценены законом как организации с определенными судебными полномочиями и больше не включаются в число обычных судов.

В) *Принудительным осуществлением требований* вообще управляют бейлифы, которые могут быть организованы как отдельная организация или быть связанными с местной полицией. Правила о принудительном осуществлении установлены в Законе о требованиях 1992 г. Протест против решения бейлифа подается в окружной суд, который должен решить вопрос о временном освобождении и другие проблемы относительно принудительного осуществления.

С) *Хранение реестров* было передано окружными судами административным органам. Реестр компании, реестр заложенного движимого имущества и реестр заключенных браков были переданы судами в *Brønnøysund Registers* (который также работает с многочисленными другими реестрами) приблизительно 30 лет назад. Реестры водного транспорта организованы как отдельный административный орган. Земельный кадастр был компьютеризирован и централизован как *Norwegian Mapping Authority* в прошлом десятилетии. Передача лишила некоторые небольшие окружные суды важной части их работы и может вызвать слияние некоторых местных судов. Передача земельного кадастра, в частности, может также лишить суд актуальной информации о местном сообществе и сократить важность судов до сервисного центра общественности. Передача книг записи актов гражданского состояния может, с одной стороны, сократить роль судов в гражданском обществе и таким образом увеличить их относительную функцию в уголовном судопроизводстве, но может, с другой стороны, оставить больше времени для гражданского судебного решения.

Д) *Управление имуществом банкротов* продолжается окружными судами. Суд обычно избегает управления имуществом умерших лиц, назначая доверенное лицо. Суды редко — если вообще когда-либо — призывались управлять супружеским имуществом после развода, если разделение имущества между супругами происходило с трудом.

Е) Судам передают задачу *регулирования будущих отношений между сторонами* только в ограниченном ряде случаев. Иски о разделении, о разводе или об алиментах решаются административным органом — губернатором округа — если нет спора по поводу его заключения. Декреты о принятии имущества утверждаются губернатором округа. Это необходимо для судов, чтобы издать указ о том, что исчезнувший человек, как предполагается, является покойным, или об объявлении кого-то неспособным к управлению его собственными делами. Другие примеры:

суд может принять решение о роспуске компании при особых обстоятельствах и аннулировать оборотные документы. В проектах гидроэлектростанций, затрагивающих регулирование водных потоков, суды в особой процедуре судебной оценки ограничились мощностями, чтобы предугадать определенные будущие обязательства энергетической компании перед землевладельцами и местным сообществом.

Г) Роль судов в установлении размера компенсации за обязательную покупку судебным решением сохраняется, но стала менее очевидной, поскольку примирение сильно поощряется законом. Задача теперь включает оценку компенсации в области охраны окружающей среды, где такая компенсация обусловлена законом.

10. Справедливости ради стоит отметить, что вышеупомянутые процедуры или случаи играют ограниченную или не играют никакой роли в определении целей гражданского судопроизводства. Можно отметить, однако, что эффективность — важный вопрос в рамках правил о наборе неоспоримых долгов, так же как и о принудительном осуществлении требований, и относительно последнего поддержка нормы права очень важна. В управлении имуществом разрешение конфликтов — главная цель.

III. Защита частных прав или защита общественного интереса

11. Преобладает мнение, что в гражданском судопроизводстве должен быть соблюден баланс между защитой частных прав и защитой общественного интереса¹. Это изменяется, конечно, в зависимости от особого случая, до какой степени общественный интерес может быть затронут. Вообще общественный интерес находится под большей угрозой в спорах между частными сторонами и органами государственной власти, чем в спорах только между частными сторонами.

12. Интерпретируя и применяя существующее законодательство, суды обращают внимание на общие социальные ценности и цели и на общественный интерес, как изложено в соответствующих законоположениях (включая предоставление, формулирующее цель рассматриваемого акта) и их проектах. Это расценено как материальное право, а не как процессуальное право. Суд, действующий по нормам общего права, обязан применить действующее законодательство по своему собственному усмотрению (в пределах структуры, установленной требованиями и фактической территорией, признанной сторонами).

13. Некоторые примеры иллюстрируют, что баланс между частными правами и общественным интересом нарушается. В длинной серии решений Верховный Суд считал, что регулирование частной собственности — обычно в целях планирования ландшафта или охраны окружающей среды — будет, в отсутствие законоположения, только давать начало праву на компенсацию землевладельцам при очень исключительных обстоятельствах. С другой стороны, Верховный Суд усилил обязанность

¹ Вопрос, особенно в последние годы, дал начало дебатам на тему, склонны ли суды — особенно Верховный Суд — одобрять государство, а не человека. Для вклада на английском языке см.: Gunnar Grendstad, William R. Shaffer, Eric M. Waltenburg, *Revealed Preferences of Norwegian Supreme Court Justices* // 123 *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2010), p. 73–101, чьи оценки и заключения я никоим образом не могу поддержать.

властей привести убедительные причины для административных решений, в которых *диспозитивность* (*prima facie*) кажется неблагоразумной. В последние годы были попытки изменить или отменить законоположения о конституционных правах человека без ясных прецедентов.

14. Наиважнейшая цель судов — достигнуть справедливости для обеих сторон. В 1983 г. лицу, которое оспорило законность прослушивания телефона полицией, отказали в доступе к warrantу суда по причине национальной безопасности (NRt.¹ 1983 р. 1438); сегодня суды, более вероятно, осуществят независимый контроль в этом отношении.

15. Представления правящих элит или классов не важны для применения закона, и суды принимают во внимание государственные программы только до той степени, до которой они поддержаны или осуществлены через установленное законодательство. Правительственные Белые книги и парламентские дебаты могут, однако, выдвинуть на первый план общие социальные ценности и цели, которые будут обоснованы соответствующими юридическими аргументами. Профессиональные привилегии как таковые не будут давать приоритет в суде. В известном прецеденте 1977 г. (NRt. 1977 р. 1035) Верховный Суд постановил, что пациент наделен правом видеть материалы по своему делу без согласия доктора или больницы; с другой стороны, конфиденциальность юристов была поддержана в различных случаях².

16. Даже если норвежский гражданский процесс изначально основан на показаниях сторон, суд наделен правом определить многие положения на свое усмотрение. *Во-первых*, что следует из вышесказанного, суд трактует закон независимо от аргументов сторон. *Во-вторых*, в случаях, где право на диспозиции сторон ограничено, суд волен потребовать дополнительные доказательства и обязан гарантировать, что представленные доказательства обеспечивают здоровое и достаточное фактическое основание для применения, и суд может основывать свое решение на фактах, не зависящих от сторон. Это относится к делам о личном статусе и юридической ответственности, делам об опеке и другим случаям, где государственная политика ограничивает право сторон на диспозицию. Суд может полагаться только на претензии, внесенные сторонами в дело. *В-третьих*, множество процедурных проблем должны быть решены судом независимо от утверждений и подчинения сторон. Это включает вопросы юрисдикции (кроме места рассмотрения), положение, *недопустимость рассмотрения уже решенного дела*.

17. У других деятелей или организаций, кроме сторон, нет никакого общего или уставного обязательства обеспечить то, что цели гражданского судопроизводства будут достигнуты в особом случае (кроме воздержания от вмешательства независимого и беспристрастного суда). Третьи лица с реальным интересом к результату случая могут вмешаться в гражданское дело в пользу одной из сторон. Кроме того, ассоциации и фонды, так же как и государственные органы, обвиненные в продвижении определенных интересов, могут вмешаться в случаи, находящиеся в пределах цели и нормального объема деятельности организации. Такие организации могут также предложить письменное соглашение по вопросам общественного интере-

¹ NRt. = *Norsk Retstidende* (Норвежский юридический вестник).

² По общему признанию область последнего понятия, которое предписано в п. 11-4 Закона о споре, довольно неясно.

са. В норвежском процессуальном праве нет института *ministère public*, и право на вмешательство для обеспечения обычных целей гражданского судопроизводства ни для кого не предусмотрено.

IV. «Материальная истина» или справедливый суд в разумные сроки

18. Справедливый баланс должен быть установлен между целями достижения материальной правды и обеспечения справедливого суда в пределах разумного срока¹. Отношение к этому в Норвегии должно быть расценено в свете вопроса 6 (ниже)². За эти годы акцентировался справедливый суд в пределах разумного срока. В Законе о споре 2005 г. это продемонстрировано вводным разделом, а также различными процедурными средствами, такими как предельные сроки для главного слушания и для вынесения решения и определения инструментов, чтобы позволить судье концентрироваться и ускорять слушания.

19. В случаях, где право на расположение сторон ограничено, суд должен проследить, чтобы случай был достаточно разъяснен в целях достижения материальной правды. Во всех случаях суд имеет право дать процедурные указания сторонам и может поощрить сторону представить доказательства, а также выразить свою позицию по соответствующим фактическим и юридическим вопросам, но должен сделать это таким способом, который не нарушает беспристрастность суда. Такое руководство особенно важно для стороны, которая не имеет адвоката, и помогает избежать судебной ошибки.

V. «Сложные дела» и массовая обработка рутинных вопросов

20. В этом отношении цели гражданского судопроизводства меняются в зависимости от уровней суда. Для окружных судов (суды первой инстанции) акцентируется обеспечение эффективной обработки значительного количества дел. До некоторой степени это же относится к апелляционным судам. В Верховном Суде, однако, главная цель состоит в том, чтобы решить правовые вопросы, которые не были до настоящего времени заданы и ответ на которые может быть сомнительным.

VI. Принцип пропорциональности (*de minimis non curat praetor*) или равные стандарты и процессы для всех, независимо от важности дела

21. Принцип пропорциональности — один из главных принципов, лежащих в основе Закона о споре. Это представляет настоящую реформу, даже если принцип не был неизвестен по предыдущим законам. Вводный раздел Закона о споре

¹ В процессуальной доктрине, Нов, *cit.*, п. 138, кажется, уделяет первостепенное значение материальной правде.

² В 2010 г. среднее время рассмотрения дел в окружных судах составляло пять месяцев, в апелляционных судах — 5,9 месяцев и в Верховном Суде — 5,8 месяцев.

во втором подразделе заявляет, что одно из средств достигнуть целей, изложенных в первом подразделе, — то, что «процедура и вовлеченные затраты должны быть разумно пропорциональными важности случая».

22. Принцип осуществлен во многих положениях Закона о споре. Право сторон представить доказательства ограничено необходимостью представить фактические доказательства, которые могут быть важными, и их масштаб и объем должны быть разумно пропорциональными важности случая. Презентация доказательств может быть ограничена судом, если это соответствует общей цели акта. Присуждение компенсации затрат подразумевает необходимые затраты, имея в виду то, было ли разумно подвергнуться им ввиду важности случая. По требованию стороны суд может избавиться от нежизнеспособных требований на предварительной стадии, без главного слушания, и то же самое применяется, если все возражения, внесенные против требования, нежизнеспособны. Протест против рассмотрения дела окружным судом требует удовлетворения, если сумма, оспариваемая в апелляции, является меньше чем 125 000 норвежских крон (в настоящее время приблизительно 17 000 евро). Для обращения к Верховному Суду главный критерий — значение юридического вопроса, поднятого в целях его стоимости как будущий прецедент, не оспариваемая сумма.

23. Мелкие претензии (вообще случаи, где спорное требование не превышает 125 000 норвежских крон) обрабатываются в соответствии со специальной и упрощенной процедурой. У судьи есть большие полномочия по управлению делом. Таким образом, затраты тяжбы могут быть сокращены, потому что стороны не должны быть представлены адвокатом. Компенсация за затраты ограничена 15 000 норвежских крон (приблизительно 2000 евро) и не может включать затраты на представление ненужных или непропорциональных доказательств. Устное слушание может быть проведено при помощи аудиовизуальных средств, и, с согласия обеих сторон, суд может обойтись без этого, чтобы сократить затраты тяжбы.

VII. Двусторонние процессы и разрешение сложных многосторонних дел

24. Изначально норвежский гражданский процесс разработан для простых, традиционных споров между двумя сторонами. Правила объединения требований, сторон и вмешательства третьего лица учитывают сложные, многосторонние споры. Типичные примеры — случаи компенсации в результате обширных бедствий, вовлекающих совместную собственность или население с многочисленными правообладателями.

25. Суждения, посредством доктрины прецедента, могут затронуть юридический статус многих частных лиц или многочисленные группы общества. Социальное регулирование, однако, является вопросом для законодательного органа; основная роль судов должна решить юридические конфликты между отдельными сторонами.

26. Суд может решить разделить слушания и судебное решение отдельных требований для большей эффективности слушаний. В многосторонних делах доказательства, представленные одной стороной, применяются относительно всех сторон. В случаях судебной оценки, вовлекающей обязательную покупку, обязательство покупателя оплатить судебные издержки землевладельцев может быть ограничено по запросу покупателя.

27. Групповые иски были введены для того, чтобы иметь дело с большим количеством претензий или обязательств, которые одинаковы¹. В отличие от объединения отдельные правообладатели или дебиторы не должны присутствовать в качестве стороны дела, но их интересы будут защищены представителем класса, назначенным судом. Групповой иск может быть принесен любым гражданином в качестве члена рассматриваемого класса или ассоциацией или государственным органом, настроенным, чтобы защищать определенные интересы. В любом случае суд должен одобрить, должна ли тяжба иметь место в форме группового иска, или следует соблюдать обычные правила, включая возможность объединения. До сих пор существует ограниченный практический опыт с групповыми исками в норвежском законе.

VIII. Строгий формализм и принцип законности

28. В норвежском законе есть устоявшаяся традиция независимого правосудия, но не формального правосудия. Это глубоко внедрено в юридическом мышлении, которое учитывает соображения достоверности в пределах границ, установленных законом.

Дмитрий Нохрин²

РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

I. Превалирующие взгляды на цели правосудия по гражданским делам в отечественной доктрине гражданского процессуального права

1. Понятие правосудия по гражданским делам для целей как правоприменения, так и доктринального развития было сформулировано Конституционным Судом РФ в Постановлении от 25 января 2001 г. № 1-П. В нем Конституционный Суд указал помимо прочего: «...Отправление правосудия является особым видом осуществления государственной власти. Осуществляя правосудие, суд применяет общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела. ...Под осуществлением правосудия понимается не все судопроизводство, а лишь та его часть, которая заключается в принятии актов судебной власти по разрешению подведомственных суду дел, т.е. судебных актов, разрешающих дело по существу. ...В актах, разрешающих дело по существу, суд определяет действительное материально-правовое положение сторон, т.е. применяет нормы права к тому или иному конкретному случаю в споре о праве. Именно разрешая дело (статьи 126, 127 и 128 Конституции Российской Фе-

¹ Групповые иски были также введены в других Скандинавских странах, сначала в Швеции. См.: Lindblom, *Group Litigation in Scandinavia* // *Zeitschrift für Zivilprozess International* 13 (2008), p. 85–114, с акцентом на шведский опыт.

² Советник заместителя Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, кандидат юридических наук (Россия).

дерации) и принимая решение в соответствии с законом (статья 120 Конституции Российской Федерации), суд осуществляет правосудие в собственном смысле слова, что и является целью гражданского судопроизводства, и тем самым обеспечивает права и свободы как непосредственно действующие (статья 18 Конституции Российской Федерации). Судебные акты, которые хотя и принимаются в гражданском судопроизводстве, но которыми дела не разрешаются по существу и материально-правовое положение сторон не определяется, не охватываются понятием «осуществление правосудия»... в таких актах решаются, главным образом, процессуально-правовые вопросы, возникающие в течение процесса — от принятия заявления и до исполнения судебного решения».

2. Именно деятельность, связанная с рассмотрением и разрешением споров, устранением правовой неопределенности в отношениях сторон, традиционно является основным элементом, наполняющим понятие «правосудие». При этом необходимо отметить, что российские суды осуществляют весьма разнообразную деятельность и часть их полномочий не связана с рассмотрением гражданских споров и принятием обязательных для сторон актов. Полномочия суда в вопросах нормоконтроля, особого и приказного производства в этом смысле не относятся к правосудию (в «узком» смысле, однако составляют часть «гражданского юрисдикции» и осуществляются в порядке гражданского судопроизводства)¹.

3. Целевые установки судопроизводства законодательно определены. Федеральный законодатель зачастую недостаточно последователен, именую эти целевые установки то «целями», то «задачами» судопроизводства. В настоящее время утвердившимся можно считать взгляд, в силу которого под «процессуальной целью» понимается закрепленный в нормах гражданского процессуального и арбитражного процессуального права общественно необходимый и желаемый результат процессуальной деятельности (в целом или на отдельных ее этапах) суда и других субъектов, а под «процессуальной задачей» понимается частная промежуточная цель, выступающая в качестве средства реализации более отдаленных и общих целей процессуальной деятельности суда и других субъектов процесса².

4. Такой трактовке целей и задач судопроизводства соответствует нормативная конструкция ст. 2 ГПК РФ, которая называет следующие цели гражданского судопроизводства:

1) защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций; прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований; других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений.

2) укрепление законности и правопорядка;

¹ Такую точку зрения поддерживают А.Т. Боннер (*Боннер А.Т. Некоторые проблемы социалистического правосудия // Труды ВЮЗИ. 1971. Т. 17. С. 194*), Н.А. Громошина (*Громошина Н.А. К вопросу о видах гражданского судопроизводства // Защита прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. Ч. 2. Сочи, 2002. С. 26–27*), Н.А. Чудиновская (*Чудиновская Н.А. Установление юридических фактов в гражданском и арбитражном процессе. М., 2008*). Против «сужения» категории «правосудие» высказывается Г.А. Жилин (*Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: Монография. М., 2010. С. 30–42*).

² Подробнее о разграничении понятий «цели» и «задачи» гражданского судопроизводства см.: *Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: Монография. М., 2010. С. 52–60*.

3) предупреждение правонарушений (т.е. обеспечение законности и правопорядка на будущее время);

4) формирование уважительного отношения к закону и суду (это так называемая воспитательная цель гражданского судопроизводства).

Достижению этих целей служит одна законодательно выделяемая задача — правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел.

5. Согласно ст. 2 АПК РФ задачами судопроизводства в арбитражных судах являются:

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

2) обеспечение доступности правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

3) справедливое публичное судебное разбирательство в разумный срок независимым и беспристрастным судом;

4) укрепление законности и предупреждение правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

5) формирование уважительного отношения к закону и суду;

6) содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

6. Очевидно, что в данном случае в категорию задачи законодателем объединены целевые установки разного порядка. Суммируя существующие взгляды на целевые установки гражданского судопроизводства, можно предложить следующую их иерархию.

7. Основная конечная цель судопроизводства по гражданским делам заключается в защите нарушенных или неправомерно оспариваемых прав, свобод и законных интересов лиц, спор которых подлежит разрешению судом. Именно в этом состоит главное социальное предназначение суда как органа правосудия, что нашло отражение в Основном законе страны, поскольку обязанность государства в лице всех его органов власти, включая судебную, — обеспечивать защиту прав и свобод человека и гражданина — непосредственно закреплена в Конституции РФ (ст. 2, 17, 18, 45, 46).

8. Эта цель достигается судом посредством решения основной стоящей перед ним задачи — правильного и своевременного разрешения дела. Эта основная задача распадается на ряд частных задач — задачи отдельных этапов судопроизводства (стадий), в том числе названная выше задача обеспечения доступности правосудия, реализующаяся преимущественно на стадии возбуждения производства, и задача справедливого публичного разбирательства, реализующаяся на стадии рассмотрения дела по существу. Кроме задач, стадии процесса имеют также и свои частные цели. При таком взгляде целью отдельной стадии судопроизводства будет являться реализация конкретного процессуального права (или их набора), а задачей — пос-

ледовательное и правильное применение установленных законом процессуальных средств для реализации цели соответствующей стадии.

9. Так, целью стадии возбуждения производства в суде первой инстанции является реализация права на обращение за судебной защитой, а достигается она выполнением задач по обращению в суд с заявлением и его принятием судом и решением более общей задачи обеспечения доступности правосудия (Г.А. Жилин). Цель подготовки дела к судебному разбирательству состоит в обеспечении правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела, задачи же этой стадии сформулированы в ст. 148 ГПК и ч. 3 ст. 133 АПК. Задачи и цели стадии судебного разбирательства как основной и решающей стадии процесса совпадают с задачами и целями производства в суде первой инстанции и судопроизводства по гражданским делам в целом (ст. 2 ГПК, ст. 2 и 6 АПК). Задачами производств по проверке и пересмотру судебных актов являются правильное и своевременное рассмотрение дела и устранение судебной ошибки. Цели же этих производств совпадают с конечными целями судопроизводства по гражданским делам¹.

10. Частные цели и задачи отдельных этапов гражданского судопроизводства часто становятся предметом внимания ученых. Так, рассматривая стадию надзорного производства, К.И. Комиссаров к целям суда надзорной инстанции относил исправление судебных ошибок и обеспечение таким путем законности в правосудии, к непосредственной задаче — проверке законности и обоснованности судебных постановлений, а к производной задаче — руководство практикой нижестоящих судов с целью обеспечения законности².

11. Вспомогательные цели гражданского производства, в реализации которых суд участвует наряду с другими органами государственной власти, реализуются при рассмотрении всей совокупности гражданских дел всеми судами страны: укрепление законности и правопорядка; предупреждение правонарушений; формирование уважительного отношения к закону и суду³.

12. Нельзя упускать из виду также то, какая философская доктрина является определяющей, когда мы ведем речь о целях судопроизводства. Является ли такой доктриной либертарная концепция примата прав отдельной личности либо, например, солидаристская концепция взаимного баланса прав и интересов применительно к истцу, ответчику, обществу в целом.

13. В основном российские ученые придерживаются той точки зрения, что общая цель процесса — защита нарушенного (оспоренного) права и через это — обеспечение правовой справедливости как элемента более широкой категории — справедливости социальной. Поиск справедливости и истины предполагает нахождение верного баланса между противоречивыми интересами сторон и публичным интересом

¹ Такая систематизация целей и задач гражданского процесса была впервые предложена Г.А. Жилиным: Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000.

² Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 7.

³ Боннер А.Т. Принцип законности в советском гражданском процессе. М., 1989. С. 14–15; Зайцев И.М. Целевые установки гражданского судопроизводства // Проблемы реформы гражданского процессуального права и практики его применения. Свердловск, 1990. С. 15; Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000. С. 16–24, 59–60; Чечина Н.А. Воспитательная функция советского гражданского процессуального права. Л., 1972. С. 53–57.

государства в обеспечении правового порядка, поскольку сама по себе стабильность общественных отношений уже представляет правовую ценность¹. С другой стороны, целевую установку можно определить как общественно необходимый и желаемый результат процессуальной деятельности суда и других субъектов рассмотрения дела на каждой его стадии.

1а. Ценность категории «цель» для нужд теории и практики

Для изучения стадий процесса

14. Стадийное движение процесса позволяет ученым говорить о целях и задачах каждой из стадий, более того, само понятие «стадия» традиционно связывалось в советской науке гражданского процессуального права с категорией «ближайшей процессуальной цели». Так, под стадией обычно понимается совокупность процессуальных действий, связанных общей ближайшей процессуальной целью².

15. В рамках традиционного для науки гражданского процессуального права подхода выделяются следующие стадии: 1) возбуждение дела; 2) подготовка дела к судебному разбирательству, задача этой стадии заключается в том, чтобы обеспечить своевременное и правильное разрешение дела в одном судебном заседании; 3) судебное разбирательство дела, в этой стадии дело в судебном заседании разрешается по существу и, как правило, заканчивается вынесением решения; 4) обжалование и опротестование решений и определений суда, не вступивших в законную силу; 5) пересмотр решений, определений и постановлений суда, вступивших в законную силу в порядке надзора; 6) пересмотр по новым (вновь открывшимся) обстоятельствам решений, определений и постановлений, вступивших в законную силу; 7) стадия исполнения судебных постановлений³. Необходимо отметить, что последняя стадия не всегда рассматривается как часть гражданского судопроизводства, поскольку действия по исполнению судебных решений осуществляются не судом, а службой судебных приставов, входящей в структуру Министерства юстиции РФ и организационно независимой от суда. Однако эта стадия непосредственно связана с правосудием: неисполнение судебных актов делает судопроизводство неэффективным даже в ситуации правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела, поскольку цели правосудия остаются в этом случае недостижимыми.

16. В соответствии с другой точкой зрения единый гражданский или арбитражный процесс состоит из правоприменительных процессуальных циклов, которые в нормах гражданского и арбитражного процессуального права имеют названия соответствующих производств: производство в суде первой инстанции, апелляционное производство, кассационное производство, производство в суде надзорной инстанции, производство по пересмотру по новым (вновь открывшимся) обстоятельствам судебных актов, вступивших в законную силу. В свою очередь циклы состоят из тесно связанных друг с другом стадий (возбуждение, подготовка, рассмотрение по существу), представляющих собой систему последовательно совершаемых

¹ Даньков А.А. Баланс частного и публичного интересов и его значение в правоприменительной деятельности (<http://www.samoupravlenie.ru/16-05.htm>).

² Курс советского гражданского процессуального права. В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 120.

³ Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2007.

процессуальных действий, объединенных самостоятельной и конечной для данного этапа судопроизводства процессуальной целью¹.

17. Оригинальную точку зрения на систему гражданского процесса высказал В.М. Шерстюк. На первом, самом высоком уровне системы процессуальных отношений в зависимости от их назначений он выделяет две большие стадии (группы): производство в суде первой инстанции; производство по пересмотру судебных актов. Критерием для их разграничения выступает процессуальная цель: рассмотрение дела по существу и его разрешение — на первой стадии или устранение предполагаемой судебной ошибки — на второй².

Для изучения видов судопроизводства

18. П.Ф. Елисейкин определял вид производства как «процессуальный порядок рассмотрения отдельной категории дел, в основе которого лежат обусловленные предметом судебной деятельности особые цель и метод выполнения задач по защите субъективных прав и охраняемых законом интересов и который вместе с тем подчинен общим правилам гражданского судопроизводства»³. Таким образом, по мнению П.Ф. Елисейкина, в основе выделения видов судебных производств должны лежать цели процессуальных норм и способы их достижения.

19. Однако большинство авторов придерживаются широко аргументированного мнения, согласно которому признаком для выделения видов производств все же стоит считать «особенности материальных правоотношений и обусловленные ими процессуальные особенности судебного рассмотрения этих дел»⁴. Все судопроизводства, как исковое, так и неисковые, направлены к достижению единой цели — защиты права, которая имеет универсальное значение⁵.

Для изучения процессуальных функций участников судопроизводства

20. Субъекты гражданского судопроизводства преследуют свои интересы, которые, как правило, являются противоположными. Вся совокупность процессуальных действий субъекта гражданского процесса, обеспечивающих достижение той цели, к которой стремится данный участник рассмотрения дела, В.Н. Щеглов называл «процессуальной функцией»⁶.

21. Г.А. Жилин, развивая идеи В.Н. Щеглова в духе солидаризма, справедливо указывает, что субъективные целевые установки участника спорных материальных отношений должны совпадать с общественно значимыми задачами и целями, объективированными в нормах гражданского процессуального права. Он понимает под процессуальной функцией конкретного участника судопроизводства его деятельность, направленную на достижение задач и целей гражданского судопроизводства и осуществляемую в соответствии с правами и обязанностями, установ-

¹ Осинов Ю.К. Элементы и стадии применения норм советского гражданского процессуального права // Проблемы применения норм гражданского процессуального права. Свердловск, 1976. С. 30, 43–44; Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: Монография. М.: Проспект, 2010.

² Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права (вопросы теории). М., 1989. С. 25–27.

³ Елисейкин П.Ф. Судебное установление фактов, имеющих юридическое значение. М., 1973. С. 34.

⁴ Мельников А.А. Особое производство в советском гражданском процессе. М., 1964. С. 6.

⁵ Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: монография. М., 2010. С. 66–77.

⁶ Щеглов В.Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск, 1979. С. 5–17.

ленными для данного субъекта процесса нормами гражданского процессуального права¹.

22. Понятие «цель» имеет значение также, когда мы оцениваем «целесообразность» тех или иных процессуальных действий. В практической деятельности судов данный критерий имеет решающее значение при совершении таких процессуальных действий, как соединение и разъединение дел, решение вопросов о компенсации судебных расходов на оплату услуг представителя (потому что суду необходимо установить не только разумность суммы, но и то, действительно ли объем работы по делу, выполненный представителем, являлся необходимым с учетом сложности процесса и достигнутого стороной процессуального результата).

II. Защита прав личности и публичного интереса: проблема баланса

23. В силу ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. В то же время зачастую возникают ситуации, когда абсолютизация индивидуального права приводила бы к негативным последствиям для больших групп граждан. Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Баланс частного и публичного права и интереса в первую очередь призван обеспечить законодатель в своих законах. Однако когда такой закон попадает в сферу судебного правоприменения в связи с конкретным делом, вопрос верного баланса в конкретной правоприменительной ситуации переносится в сферу гражданского процесса. Интересно рассмотреть примеры поиска такого баланса.

IIa. Защита имущественных интересов государства

24. В силу п. 4 ст. 93.4 Бюджетного кодекса РФ исковая давность, установленная гражданским законодательством Российской Федерации, не распространяется на требования Российской Федерации, возникшие в связи с предоставлением на возвратной и (или) возмездной основе бюджетных денежных средств, включая требования по уплате процентов и (или) иных платежей, предусмотренных договором, в том числе требования о неосновательном обогащении и возмещении убытков. При этом ч. 6 ст. 5 Федерального закона от 26 апреля 2007 г. № 63-ФЗ установлено, что п. 4 ст. 93.4 Бюджетного кодекса РФ применяется также к отношениям, возникшим до 1 января 2008 г.

25. Рассматривая спор из договора долгосрочного лизинга, который был заключен между ОАО «Росагроснаб» (агент Правительства РФ в отдельных вопросах развития сельского хозяйства) и Воронежской областной ассоциацией крестьянских (фермерских) хозяйств «Нива» задолго до принятия вышеуказанных положений,

¹ Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000. С. 55–58.

арбитражные суды России установили невозможность их применения к правовым отношениям, сроки исковой давности по которым истекли до введения упомянутых норм в действие, посчитав, кроме того, что данная норма распространяется лишь на бюджетные отношения, которые не являются по своей природе гражданскими. Позже Высший Арбитражный Суд инициировал производство о проверке конституционности этих положений бюджетного законодательства. Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 20 июля 2011 г. фактически поддержал изложенную позицию арбитражных судов.

Пб. Защита общественной морали

26. Знаменательным в этом отношении может выглядеть решение Европейского Суда по правам человека от 21 октября 2010 г. по делу «Алексеев против России». Н.А. Алексеев являлся одним из организаторов ряда шествий в Москве для привлечения внимания общественности к дискриминации гомосексуалистов и лесбиянок в России. Заявки на проведение этих шествий были отклонены по основаниям защиты общественного порядка, здоровья, морали, прав и свобод других лиц. Суды общей юрисдикции отказали заявителю в удовлетворении его жалоб на отказы властей в согласовании проведения шествий, руководствуясь как соответствующими положениями Закона о шествиях и митингах, так и соображениями морали и общественной безопасности.

27. Рассматривая эти доводы, Европейский Суд указал, что сама по себе угроза того, что демонстрация вызовет беспорядки, не являлась достаточной. Если бы каждая возможность трений и разгоряченного обмена мнениями между различными группами требовала запрета, общество было бы лишено возможности выслушивания точек зрения по вопросам, которые затрагивают чувства большинства, что противоречило бы принципам Конвенции. Представитель России также указывал в своих объяснениях Европейскому Суду, что такие мероприятия требовали запрещения из принципа, поскольку пропаганда гомосексуализма противоречила религиозным учениям и общественной морали и могла повредить детям и взрослым, подвергнутым ей.

28. Оценивая решения российских судов и иных органов, вынесенные по делу заявителя, следует признать, что они руководствовались традиционными для России и российской научной традиции представлениями о соотношении морали и права. Они, в частности, исходили из того, что гомосексуалисты в России не подвергаются никакой реальной дискриминации, поскольку нормативные акты не придают сексуальной ориентации значение обстоятельства, имеющего какие-либо юридические последствия, оставляя его вне правовой сферы, в пространстве свободного выбора индивида. Было также принято во внимание, что институт брака, недоступность которого заявители считают дискриминацией, не производит такие правовые последствия, которые не могли бы быть достигнуты иными законными средствами¹: однополые партнеры могут установить свои взаимные имущественные права посредством гражданского договора, они могут наследовать друг за другом

¹ Убедительные аргументы, касающиеся того, почему брак может пониматься только как супружеский союз мужа и жены, во многих аспектах сходные с соображениями российских властей, могут быть найдены, например, здесь: Sherif Girgis, Robert George, Ryan T. Anderson, *What is Marriage?* // *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, No. 1, 2010, p. 245–287.

имущество посредством завещания, они даже могут усыновить ребенка, поскольку в соответствии с российским законом лицо, не состоящее в браке, может быть приемным родителем. Таким образом, не нашли подтверждения доводы о наличии дискриминации, а требования о проведении гей-парада были оценены как попытка пропаганды гомосексуальных отношений (кроме того, представляется, достаточные социальные исследования были проведены, чтобы показать, что только для небольшого процента гомосексуалистов гомосексуальность предопределена генетическими и другими медицинскими факторами, многие же выбирают эту ориентацию по причинам социального и психологического характера — под влиянием гомосексуалистов в их окружении и специфической субкультуры¹, а если это так, то гомосексуальные отношения вполне могут быть предметом пропаганды). В то же время такая пропаганда вступала бы в противоречие с нравственными установками, существующими в обществе, увеличивая риск социального недовольства и актов насилия.

29. Российские ученые традиционно, продолжая кантовскую традицию, постулировали, что право как таковое (если его не подменять законом, который может быть и неправовым) в целом находится в глубоком единстве с моралью, представляя собой по своей сути нормативно закреплённую справедливость². В этом смысле все нормативные положения гражданского и арбитражного процессуального права, а не только нормы-аксиомы, должны воплощать нравственные принципы, устанавливая правила справедливого судопроизводства. Только при таком условии судопроизводство по гражданским делам может называться правосудием в подлинном смысле этого понятия.

30. Н.А. Чечина, выделяя нормы-аксиомы в самостоятельную группу процессуальных норм, исходила из того, что они фиксируют оценочные формулы поведения субъектов процесса с позиций добра и зла, с точки зрения принятого обществом понятия справедливости, которые «как бы высвечивают связь между гражданским процессуальным правом и моралью». Из этого она делала вывод, что «гражданские процессуальные аксиомы суть процессуальные правовые нормы, непосредственно выражающие содержание морали»³.

Ис. Институциональные механизмы защиты общественных интересов

31. В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждый вправе обратиться в суд за защитой своих прав и законных интересов. Институтом, традиционно обеспечивающим защиту публичных интересов, включая интересы государства и неопределенного круга лиц, является прокуратура.

32. Статья 45 ГПК регулирует участие прокурора в гражданских делах. Прокурор имеет право обратиться к суду с иском в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. Иск в защиту прав, свобод и законных интересов конкретного гражданина может быть подан прокурором только в случаях, когда гражданин из-за плохого состояния здоровья,

¹ К. Plummer, *Sexual stigma: an interactive account*, London, 1975.

² Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 70–71.

³ Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. С. 89–91.

возраста, неспособности и других серьезных оснований не может обратиться к суду самостоятельно. Статья 52 АПК содержит подобные условия, за исключением возможности принесения иска в защиту прав конкретного гражданина.

33. В гражданском процессе, в отличие от арбитражного, прокурор, преследуя цель обеспечения законности, также участвует в рассмотрении дел о выселении, восстановлении на работе, компенсации ущерба, причиненного жизни или здоровью, где он делает официальное процедурное заявление (дает заключение), были ли юридические действия, подвергнутые исследованию суда, предприняты ответственными чиновниками в строгом соответствии с законодательством.

34. Это две отдельные процессуальные формы участия прокурора в гражданском деле, однако определенные проблемы возникают, когда прокурор, например, инициирует процесс о выселении в пользу муниципального образования и в то же самое время участвует в деле как «непредубежденный» проводник законности, давая заключение. В этом примере две противоположные процессуальные функции совпадают, и функция фактического процессуального истца соединяется с функцией беспристрастного оценщика законности, что приводит к нарушению права на справедливый суд и, в частности, нарушает баланс процессуальных прав сторон. Однако благодаря усилиям Конституционного Суда эту практику в настоящее время следует считать практически устраненной¹. Считается, что право индивидуального временного пользования согласно российскому жилищному праву, само по себе не затрагивает сущности публичного права собственности до степени, делающей прокурорскую инициативу необходимой; и органы публичной власти, осуществляя свои полномочия в сфере государственной и муниципальной собственности, должны начинать такого рода процессы, в особенности о выселении, самостоятельно, позволяя прокурору выполнить его исконную задачу обеспечения законности.

III. Материальная истина и справедливое судебное разбирательство в разумные сроки: вопрос приоритета

35. В советской системе гражданского процесса принцип материальной истины рассматривался как важная часть принципа законности. Указанный принцип был закреплен в ст. 14 ГПК 1964 г., ч. 1 которой гласила: «Суд обязан, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон». В теории отмеченный принцип понимался как требование, адресованное судам (в широком смысле — всем правоприменителям), о том, чтобы их решения строго и полностью соответствовали объективной действительности². Этот юридический подход был основан на философской доктрине диалектического материализма, который признавал

¹ См., например, решения Конституционного Суда РФ от 20 июня 2006 г. № 165-О и от 20 июня 2006 г. № 176-О (Дело гр. Френкель, выселенной из жилого помещения в результате процесса, инициированного Солнцевским межрайонным прокурором; дело гр. Абдурахмановой, иск о выселении которой был подан этим же должностным лицом).

² *Алексеев С.С.* Общая теория права. Т. II. М., 1982. С. 321; *Треушников М.К.* Судебные доказательства. М., 1998. С. 9–12.

объективную познаваемость событий прошлого. Большинство ученых (С.В. Курылев, М.А. Гурвич, О.В. Иванов, М.К. Треушников) рассматривали нахождение материальной истины как основную цель суда, указывая, что таковая должна быть найдена даже вопреки интересам сторон. Таким образом выражался публичный характер советского гражданского процесса и достигалось состояние социалистической законности. Обнаружив противоправность действий сторон, суд мог использовать широкий набор процессуальных средств для борьбы с отступлениями от законности: частные определения суда, возлагающие на лиц обязанность устранить допущенные в их деятельности нарушения либо обязывающие прокурора возбудить уголовное производство, когда суд находит очевидным, что те или иные действия лица, участвующего в деле, содержат признаки преступления; и даже возможность возбудить уголовное дело по собственной инициативе в случаях, не терпящих отлагательства. Поиск материальной истины служил оправданием использованию института надзорных протестов высшими должностными лицами суда и прокуратуры. Впоследствии эти подходы изменились, корреспондируя как изменениям в политике государства, так и смене научной парадигмы.

36. Много современных юристов используют понятие «формальной истины»¹ (В.В. Ярков, И.В. Решетникова, Э.М. Мурадян), понимая процесс судебного познания как процесс бесконечного приближения к истине, абсолюта которой объективен, но едва ли может быть достигнут с использованием ограниченных мер, которые находятся в распоряжении суда. Кроме того, понятие «материальной истины» не вполне соответствует состязательной и диспозитивной природе современного процесса. Правило «обоснованного сомнения» полностью воплощено в законе, и решения рассматриваются как правильные, если они обоснованы существующими доказательствами, представленными сторонами. Ограничение полномочий суда в судебном исследовании обеспечивает процессуальную экономию, сокращает сроки слушаний и сосредоточено на предоставлении эффективной защиты прав в разумные сроки.

Ричард Маркус (*Richard Marcus*)²

АМЕРИКАНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

I. Введение

1. Определение целей судопроизводства может быть более сложным в системе общего права, чем в системе статутного права, потому, и это верно в разных случаях, что система общего права (например, материальное право) развивалась органически

¹ Бернам У., Решетникова И.В., Ярков В.В. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 26.

² Профессор Калифорнийского университета (*University of California*) (США).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен студенткой Г. Ягудиной (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

и без «основополагающих принципов». Это не значит, что судопроизводство менее ценится в системе общего права. Напротив, для Соединенных Штатов «надлежащий процесс» (*due process*) — конечная мера судопроизводства — закреплен двумя положениями Конституции¹.

2. Как мы видим, а именно на примере Америки, важность судопроизводства оценивается в связи с совпадением или пересечением его целей с целями материального права; в этом смысле можно говорить об общей цели гражданского правосудия в зависимости от эффективности компенсаций и других особенностей любой системы гражданского правосудия.

3. Также мы видим, что не исключены конфликты широко признанных целей судопроизводства между собой в важных моментах. Например, заинтересованность в эффективности и стремление к достоверности могут конфликтовать в случае, когда более дорогостоящий процесс приводит к большей достоверности. Также один хочет использовать судопроизводство для обеспечения законного принуждения, а другой стремится к разрешению конфликта; конфликты могут рассматриваться как удобная возможность сформулировать и применять закон, а не нарушать общественное спокойствие, которое не должно быть затронуто.

4. В системе общего права, а именно в Соединенных Штатах, нет четкого представления о целях судопроизводства. Необходимо предложить нечто сложное и неопределенное.

II. История возникновения понятия цели судопроизводства

5. Хотя концепция «надлежащего процесса» может быть найдена еще в Великой хартии вольностей (*Magna Carta*, 1215), идея того, что судопроизводство должно быть объяснено или обосновано его целями, появилась в англо-американском мире довольно поздно. Действительно, изначально в Англии было единое правосудие; словами англичанина Мэйна, «материальное право постепенно выделилось из пор судопроизводства»².

6. Судопроизводство всегда было доминирующей чертой общего права. По словам американского ученого Миллара, «мы видим, что в развитии правопорядка процесс всегда играл главенствующую роль, материальное право — второстепенную, и процесс исходил из основных законов»³. Но, как далее поясняет Миллар, эти отношения со временем меняются: «Тенденция развития правопорядка уменьшает значение процесса и увеличивает значение основных законов»⁴.

7. В Англии такому развитию способствовал Джереми Бентам, который имел к процессу утилитарный подход (он называл его «прилагательное право» — *adjective law*) и отрицал его самостоятельное значение: «Если объединить все, что касается процессуальной отрасли, можно выделить две конкретные цели: одна — позитивная, с максимальной пользой для основной отрасли; другая — негативная, сводящая к минимуму зло и трудности, в различных формах необходимые для достижения

¹ Конституция США, поправки V и XIV.

² H. Maine, *Early Law and Custom*, London, 1907, p. 389.

³ R. Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, New York, 1951, p. 4.

⁴ Ibidem.

главной цели»¹. Эта точка зрения была использована в наше время в экономическом анализе права Познера, утверждающего, что «главная цель процессуальной системы состоит в минимизации суммы затрат на ошибочные судебные решения и затрат на использование судебной системы»². Верховный суд США придал этому положению конституционное значение как одному из обязательных условий судопроизводства³.

III. Выбор основных целей: разрешение конфликтов или реализация политики

8. Если признать судопроизводство как «прилагательное право» (*adjective law*), направленное на реализацию чего-то другого (основного права — *substantive law*), следует сфокусироваться на том, где оно действует наиболее эффективно. Но оказывается, что существует множество возможностей для дискуссии о том, что должно быть целью частного гражданского разбирательства, и что решение этого вопроса имеет решающее значение для нашего исследования. Профессор Дамаска поставил этот вопрос еще одно поколение назад, установив различие между тем, что он называл «реактивное государство» (*reactive state*) и «активное государство» (*active state*)⁴.

9. Первый простой ответ на вопрос, что является целью гражданского судебного разбирательства, это разрешение конфликта — цель «реактивного государства». На самом базовом уровне государство стремится обеспечить альтернативу самопомощи, чтобы сохранить мир и следовать основным принципам, принятым государством. Таким образом, чрезвычайно высокая цена судебных процедур будет удерживать людей от обращения в суды, которые вместо этого будут самостоятельно разрешать конфликты, а это не входит в рамки регулирования судопроизводства⁵.

10. Но это заключение было оспорено, особенно в отношении альтернативного разрешения споров. Самый известный пример — *Against Settlement*, в котором профессор Фисс говорит, что «история разрешения споров позволяет считать урегулирование споров идеальной альтернативой судебному разбирательству... упрощая правозащитные цели судебного иска и уменьшая его социальное значение в разрешении споров»⁶.

11. Судья Эвардс (бывший профессор юридической школы) отреагировал на этот спор, заметив, что «часто забывают, что сила судебного решения в том, что оно обеспечивает надлежащее решение и приложение общих ценностей», добавив, что

¹ J. Bentham, *Principles of Judicial Procedure*, London, 1843, p. 8.

² См.: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^d ed., Boston, 1986, § 21.1.

³ См. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

⁴ M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, London, 1986, ch. III.

⁵ См. *Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*, 436 U.S. 149 (1978): процессуальной защите не подлежит продажа имущества бывшего арендатора за неуплату складских расходов, хотя бы имущество при выселении было принято городским маршалом, так как действия складской компании не являются «государственной деятельностью» (*state action*).

⁶ O. Fiss, *Against Settlement* // *Yale Law J.*, 1984, vol. 93, p/ 1073, 1085. Критику аргументов Фисса см.: S. Issacharoff, R. Klonoff, *The Public Value of Settlement* // *Fordham L. Rev.*, 2009, vol. 78, p. 1177.

«есть некоторые споры, которые не могут быть разрешены только на основе взаимного согласия и доброй воли. Фактом политической жизни является то, что многие споры отражают резко противоположные взгляды на одни и те же фундаментальные общественные ценности, что никогда не может быть устранено с помощью методов, рекомендуемых сторонам спора «понимать» друг друга. В действительности, многие спорящие слишком хорошо друг друга понимают... Одна из важнейших целей права — отражать в себе общественное разрешение таких непримиримых разногласий»¹.

12. Кроме того, профессор Бруннет отметил: «Результат обычного судебного процесса должен рассматриваться как общественное благо — общество получает от судебного процесса гораздо больше, чем будет, если судопроизводство окажется в частном ведении. Процесс руководит третьими лицами. Судопроизводство дает результаты в виде письменных решений, что помогает расплывчатому позитивному праву закрепить фактические ситуации. Эти решения имеют разъяснительный характер — они совершенствуют и разрабатывают неоднозначные нормы права»². Это мнение применимо, конечно, только к системе общего права, в котором судебное решение становится «законом», и неверно относительно системы позитивного права.

13. Та же разделительная линия, которая придает энтузиазм альтернативному разрешению споров, так же влияет на содержание процессуальных правил. В 1970-х гг. профессор Скотт раскрыл это понятие в своем эссе «Две модели гражданского процесса» (*Two Models of the Civil Process*)³. Он установил «модель разрешения спора» (*conflict resolution model*) и «модель изменения поведения» (*behavior modification model*). Первая занимается альтернативой возмездию или принудительной самопомощи и, следовательно, будет избегать оставшихся без «обид» и не требующих возмездия. Вторая, с другой стороны, будет представлять гражданское судопроизводство как способ изменения поведения через возложение затрат для возмещения убытков на нарушителя. Такая позиция больше всего влияет на те случаи, когда потерпевшие стороны предпочтут отказаться от судебного процесса, так как вред, нанесенный им, и затраты на судебное разбирательство несопоставимы.

14. Такое разделение может повлиять на форму коллективного иска, как в примере профессора Скотта⁴. Тот, кто выступает за модель урегулирования конфликта, будет уклоняться от коллективного иска потребителей, и для этого возбудит судебный процесс там, где его быть не может. Такой казалась позиция Верховного суда США, считающего, что в коллективном иске все истцы должны быть индивидуально определены и обеспечены шансом отказаться, хотя у каждого может быть и очень маленькая доля, так что совокупное возмещение ущерба не может быть допущено⁵. Но с точки зрения изменения поведения следует способствовать творческому использованию коллективного иска, как поступил Верховный суд штата

¹ H. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* // *Harvard L. Rev.*, 1986, vol. 99, p. 668, 676–77.

² E. Brunet, *Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution* // *Tulane L. Rev.*, 1987, vol. 62, p. 1, 19–20.

³ K. Scott, *Two Models of the Civil Process* // *Stanford L. Rev.*, 1975, vol. 27, p. 937.

⁴ Ibid, p. 940–45.

⁵ Ibid, p. 942–944, где обсуждается *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974).

Калифорния, приняв такую форму иска от неопределяемых пользователей такси, которых обсчитали, разрешив суду обязать таксомоторную компанию установить чрезвычайно низкие цены для будущих клиентов, чтобы компенсировать незаконный доход от предыдущих потерпевших¹. Эти примеры показывают, что даже в США выбор основных ориентиров может оказаться разным. Также они отражают текущие сейчас в Европе дискуссии о том, как вести показательные судебные процессы в этих странах².

IV. Дополнение американского эксепционализма — частное применение публичных норм

15. Главный вопрос в определении основных направлений относительно разрешения конфликтов или изменения поведения соотносится с другим вопросом о форме процесса: кто занимается обеспечением решения суда?

16. Как профессор Скотт также отметил, тот, кто склоняется к модели изменения поведения, должен решить, кто инициирует процесс: «Создание административного органа, на который возложена обязанность обеспечения соблюдения правовых норм в этих ситуациях, один из вариантов, который уже был испытан. Но уставные инструкции — это не тот стимул для эффективного осуществления решений суда»³.

17. Для всего остального мира, как известно нам, американцам, административная модель правоприменения является излюбленным способом достижения осуществления политики или изменения поведения, а разрешение конфликта — главная цель частного гражданского судопроизводства. Естественно, административное принуждение возможно в американской правовой системе; как недавно признал Верховный суд США, не может быть подан коллективный иск о дискриминации в сфере частного трудоустройства, и федеральная Комиссия по равным возможностям трудоустройства (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*) не может удовлетворить те же требования, пытаясь помочь частному истцу, желающему, чтобы коллективный иск был принят⁴. Однако в действительности таких органов государственного принуждения было недостаточно. Один взгляд на этот факт недостаточного принуждения к исполнению только подтверждает многочисленные отчеты о том, что исполнение охранных законов в период до финансового кризиса 2008 г. было весьма слабым, и более поздние отчеты о том, что Комиссия по ценным бумагам и биржам (*Securities and Exchange Commission*) и другие исполнительные органы имеют недостаточное финансирование для этой работы.

¹ Ibid, p. 940–942, где обсуждается *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P.2d 732 (Cal. 1967).

² См.: C. Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Oxford and Portland, Ore, 2008.

³ K. Scott, *Two Models of the Civil Process* // *Stanford L. Rev.*, 1975, vol. 27, p. 939.

⁴ *General Telephone Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982). Суд постановил, что истец не может применять коллективный иск согласно правилу 23 Федеральных правил гражданского процесса (*Federal Rules of Civil Procedure*). Суд противопоставил частного истца Комиссии по равным возможностям трудоустройства (*EEOC*), которая обладает высшей исполнительной силой, и «может обеспечить защиту работников и соискателей, не используя правило 23».

18. Как заметил профессор Кэган, этот административный дефицит является следствием американского недоверия к навязчивому правительству¹. Он объясняет, что люди в США, как и в других постиндустриальных странах, хотят агрессивной защиты со стороны государства, но не хотят большое и навязчивое государство, которое необходимо содержать для административного исполнения. В этих условиях зависимость американцев от частного судебного процесса может стать хорошей заменой государственному исполнению закона, в том числе даже той защиты, которая содержится в административных регламентах, а не в статутах.

19. В некоторых случаях Конгресс может прямо разрешить такие дела. Закон Клейтона, например, прямо разрешает пострадавшим от нарушений федерального антимонопольного законодательства потребовать в суде «возмещения ущерба в тройном размере» (*treble damages*) — в три раза больше их реальных потерь, а также гарантирует покрытие расходов на адвокатов в случае успеха². Но очевидно, что для законодательства нет необходимости закреплять такие частные решения для их осуществления в американской схеме. Самая суть общего права предусматривает, что суды сами развивают и применяют — через частный судебный процесс — те виды правовой защиты, которые обычно закреплены в законодательных или административных актах в других правовых системах. В США, например, разработка закона об ответственности за продукт (*product liability law*) после Второй мировой войны практически полностью велась судами, и эти дела об ответственности за продукт должны были оказать решающее влияние на промышленность. Мы знаем, что так и есть; это принятая Торговой палатой (*Chamber of Commerce*) догма, что риск дела об ответственности за продукт сильно влияет на производителей.

20. Даже когда есть законодательный или административный акт, суды могут сделать шаг и разрешить частное правоприменение, которое не было принято законодательством. Самый известный американский пример — дело о мошенничестве с ценными бумагами, которое не основано ни на одном решении Конгресса по частным делам. Напротив, Конгресс создал Комиссию по ценным бумагам и биржам (*Securities and Exchange Commission*), которая, в свою очередь, обнародовала Правило 10b-5, запрещающее дела о мошенничестве с ценными бумагами. Комиссии было поручено исполнять это антимошенническое положение, но спустя некоторое время суды решили, что это работает не во всю силу. Поэтому в 1947 г. окружной суд принял пожелание истца «разъяснить» частный иск о мошенничестве с ценными бумагами, нарушавший Правило 10b-5, и в 1964 г. Верховный суд одобрил это правовое изобретение³.

21. Конгресс прямо разрешил это правовое изобретение не ранее 1995 г., когда принял Закон о реформе процесса по ценным бумагам (*Private Securities Litigation Reform Act*), обладающий обратной силой и разработанный, чтобы сократить количество таких дел, частично введя строгие требования к ходатайству и запретив открытие дела до отрицания ходатайства о прекращении дела из-за нарушения требований к ходатайству. Хотя Верховный суд впервые интерпретировал эти новые требования к ходатайствам, он выразил следующее мнение: «Этот суд уже давно

¹ См.: R. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge (Mass.), London, 2001.

² § 15 Кодекса США (*U.S.C., The Code of Laws of the United States of America*).

³ См. *J.I. Case Co. v. Borak*, 377 U.S. 426 (1964).

признал, что достойные частные акты, принятые во исполнение федеральных законов против мошенничества с ценными бумагами, являются важным дополнением к уголовному преследованию и гражданским исполнительным актам, принятым, соответственно, Министерством юстиции и Комиссией по ценным бумагам и биржам (*Securities and Exchange Commission*)»¹. Даже попытки Конгресса сократить количество дел о мошенничествах с ценными бумагами будут трактоваться направленными на то, чтобы следовать за судебным — не Конгресса — определением, что такие частные исполнительные акты необходимы.

22. Однако в этих вопросах Конгресс берет на себя ведущую роль очень часто. Как было замечено выше, век назад он санкционировал частные дела для исполнения антимонопольного законодательства. Гораздо позже он стал более активен, разрешая подобные режимы для исполнения новых разнообразных законов. Моделью для большинства из них стал разд. VII Закона о гражданских правах (*Civil Rights Act*) 1964 г., федеральный закон, запрещающий дискриминацию в сфере занятости. Как профессор Фаранг в 2010 г. детально описал в своей книге «Судебное государство» (*Litigation State*)², в Сенате США был энергичный спор о том, как следует исполнять эти положения против дискриминации. «Либеральные» сторонники широкого применения предпочитали передать главную исполнительную силу Комиссии по равным возможностям трудоустройства (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*). Но они не собрали необходимое количество голосов для прохождения для принятия этих мер, и были вынуждены пойти на компромисс с республиканцами, которые отреагировали на опасения бизнеса, что в *EEOC* будет полно фанатиков, которые будут применять закон чересчур рьяно. Республиканцы настаивали, что главный орган исполнительной власти должен опираться на тех, кого следует считать жертвами дискриминации; они могут подать в суд и возместить расходы на адвокатов в случае победы.

23. Как отметил профессор Фаранг в первых главах своей книги, частное правоприменение процветает: «Вслед за петициями заключенных об освобождении, дела о дискриминации на работе являются крупнейшей категорией судебных разбирательств в федеральных судах. За последнее десятилетие, или около того, ежегодное число таких дел составило около 20 тысяч. Два процента этих дел были исполнены федеральным правительством, и 98% — частными лицами»³. Между тем Конгресс неоднократно в течение четверти века после 1964 г. использовал модель разд. VII для создания аналогичных частных исполнительных режимов для разнообразных мер по защите потребителей, против дискриминации и др.⁴

24. Как большинство систем гражданского права, большинство систем общего права не признают эти исключительно американские положения. В следующем разделе я рассмотрю процедурные последствия этого американского выбора, но прежде следует отметить, другие страны общего права, а именно Англия, не имеют согласованного разделения власти и больше полагаются на государственных лиц для исполнения закона. Но это может измениться в Еврокомиссии. В своей

¹ *Tellabs, Inc. v. Makor Issues & Rights, Ltd.*, 551 U.S. 308, 313 (2007).

² S. Farhang, *The Litigation State*, Princeton and Oxford, 2010.

³ Ibid, p. 3.

⁴ См.: Fahrang, *cit.*, ch. 5.

книге «Евролегализм» (*Eurolegalism*) 2011 г. профессор Келеман утверждает, что по разным причинам Еврокомиссия движется в сторону варианта состязательного легализма, который назван профессором Кэганом «американским»¹. Хотя сейчас Еврокомиссия опирается на национальные судебные-исполнительные органы, дальнейшая интеграция наряду с этой тенденцией к состязательному легализму может подтолкнуть к адаптации процесса для осуществления правоприменения в частном судебном процессе.

V. Выводы из распространения частного правоприменения — реализация американского эксцепционализма

25. Чем больше кто-то задумывается о частном судопроизводстве как о дальнейшей цели правоприменения, тем больший соблазн создать стимулы для преследования, и более того — он может быть склонен к тому, чтобы вооружить тех, кто осуществляет судебное преследование, орудиями, которые нужны им для успеха. Таким образом, цели гражданского судопроизводства во многом объясняют американский эксцепционализм. Если последнее замечание в предыдущем разделе является оправданным, кроме того, оно может предсказать пути, по которым будет двигаться Еврокомиссия для развития подобных положений, необходимых для достижения таких же целей².

26. Один из признаков американского судопроизводства — высокие ставки. В частности, это связано с доверием (по крайней мере, в теории) к судьям — единственному инструменту частного правоприменения, в каком-то смысле. Другими словами, это связано с перспективой больших компенсаций за боль и страдания по многим делам, а также возможных штрафных выплат. Еще один вариант — это связано с американским правилом, согласно которому каждая сторона должна заплатить своим адвокатам, выиграла она дело или проиграла. Это правило — которое в этой стране называют правилом «только в Америке» — вытекает из цели содействия частному правоприменению, защищая тех, кто подает иски против разорительной ответственности, если они проиграют.

27. Но для наших целей более важный аспект — магнетическая сила частного правоприменения для облегчения бремени истцов. Упрощение требований к «уведомительному иску» (*notice pleading*), казалось, направлено на облегчение дела. Хотя американская система ожидала, что те, кто подает в суд, будут первыми расследовать и подавать иск только при наличии законных оснований³, американская версия значительно менее требовательная, чем во всем мире⁴. Действительно,

¹ R.D. Keleman, *Eurolegalism*, Cambridge (Mass.), London, 2011, ch. 1.

² В подтверждение этим строкам см.: К.-С. Huang, *Introducing Discovery Into Civil Law*, Durham, 2003. Хуан утверждает, что системы гражданского права должны принять это американское открытие и важность бремени доказывания, как в Америке, в целях содействия правоохранительной функции судопроизводства.

³ См. Федеральные правила гражданского процесса (*Federal Rules of Civil Procedure*), правило 11.

⁴ Ср. правило 12 Международных правил гражданского процесса (*Transnational Rules of Civil Procedure*; *ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, New York, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2006), говорящее, что истец устанавливает факты и описывает происшествие, используя улики. Конечно, действующие требования к иску разнятся от страны к стране, но непреложно,

до недавнего времени американская формулировка казалась исключаяющей отказ ходатайствам.

28. С точки зрения всего остального мира, более удивительно то, что США позволяет истцам (и ответчикам) поразительно широкие изыскания. Как отметил профессор Хазард, в США «широкие изыскания не просто процессуальное правило»¹. Как объяснил Дэн Кэррингтон, такое отношение напрямую связано с американским выбором опираться на частное правоприменение: «Мы должны ясно представлять, что изыскания — это американская альтернатива административному государству... Частные истцы сделали в Америке больше, чем было сделано в других индустриальных странах государственными служащими»². Для того чтобы дать им возможность это делать, изыскания широко применяются. «Если не возложить соответствующую новую власть на государственных служащих», добавляет Кэррингтон, в Америке «запрет на изыскания уберет препятствия для незаконных настроений в широком спектре запрещенного поведения»³.

29. Положение Конституции о праве на суд присяжных также вписывается в эту картину. Рассмотрение дела с применением стандарта «разумности» зависит не от профессионализма судьи, а от непрофессиональных присяжных. И так как существует право на суд присяжных, судья не может «забрать дело у присяжных», за исключением экстраординарных ситуаций.

30. Ни один из этих аспектов по своей сути не является особенностью системы общего права как противопоставляемого гражданскому праву. В Англии, например, профессор Цукерман объясняет, что «суд присяжных поблек [в XIX в.] потому, что о нем никто не вспоминал»⁴. Американская политическая привязанность к суду присяжных остается активной, хотя гражданский суд присяжных становится невероятно распространенным. В целом, как мы видим, американский эксцепционизм в большей степени зависит от того, насколько он охватывает цели частного правоприменения.

VI. Противопоставление «простых» проблем — другие вопросы, интересующие процессуалистов

31. Поэтому, как мы уже отметили, многое вытекает из выбора целей для гражданской системы правосудия. Но для многих других вещей, с точки зрения процессуального творчества, нет нужды долго ждать. Например, стоимость и задержки являются многолетними проблемами для процессуалистов. Но никто не выступает за обязательное увеличение объемов правотворчества. Также все выступают за эффективность и точность, но эти идеи должны рассматриваться в совокупности. Сейчас в мире общего права получило немало последователей понятие «пропорциональность». Это создает избыток смысла — расходы на судеб-

ное отрицание «уведомительного иска» этим документом показывает, что существует непреодолимая пропасть между американской моделью и подходом всего остального мира.

¹ G. Hazard, *From Whom No Secrets Are Kept* // *Texas L. Rev.*, 1998, vol. 76, p. 1665, 1694.

² P. Carrington, *Renovating Discovery* // *Alabama L. Rev.*, 1997, vol. 49, p. 51, 54.

³ Ibidem.

⁴ A. Zuckerman, *Civil Procedure*, London, 2003, p. 357, n. 15.

ный процесс должны быть разумными с точки зрения ставок. Это понятие было установлено в американских Правилах рассмотрения (*discovery rules*) более чем 25 лет назад¹. Профессор Эндрюс говорит, что реформы лорда Вульфа сделали пропорциональность «столпом» современного английского процесса². И профессор Пише исследует активное принятие пропорциональности в Квебеке³. Но более высокие ставки американского судопроизводства создают высокие цены, «пропорциональные» в этом процессе.

32. Проблема этих «легких» принципов не столько в определении, соответствуют они или нет целям гражданского правосудия, сколько в определении, насколько данные принципы применимы к отдельным случаям. На заднем плане бродит «призрак», преследующий американскую систему, — то, что финансовые затраты и другие тяготы гражданского процесса будут подрывать права сторон. Эта проблема чаще всего возникает со стороны защиты, опирающейся на аргументы, что затраты на широкие американские изыскания заставляют обвиняемых улаживать невыгодные дела, так как их урегулирование дешевле, чем успешное судебное разбирательство. Многие предполагают, что правило «проигравший платит» пойдет далеко в сторону решения этого вопроса, но это сокращение со стороны американской зависимости от частного правоприменения; факт, что истец обычно не рискует платить за адвоката обвиняемого, заставляет работать американскую систему резервных взносов. Важно понимать, что преуменьшение важности дела в зависимости от стоимости влияет также на перспективных истцов, которые в соответствии с американскими Правилами рассмотрения должны найти юриста, который возьмет их дело за долю компенсации; сейчас мы регулярно слышим, что слишком дорого оспаривать в федеральных судах США претензии менее чем на 100 тыс. дол. Для всех категорий сторон существует аргумент, что процесс оправдан частнопроводимыми целями, которые должны быть соблюдены, чтобы избежать их нарушения.

ВII. Заключительные выводы

33. Оказывается, что многое зависит от выбора целей гражданского судопроизводства, но по крайней мере американская процессуальная система не демонстрирует признаков, которых можно было бы ожидать из-за ее зависимости от частного правоприменения. Как показано выше, в разд. III, американские суды не всегда формулируют свои процессуальные правила — такие, как рассмотрение коллективного иска — способом, который может повлиять на видимый выбор системой цели процесса. Возможно, это потому, что, как указано в разд. II, мысли о целях возникают после того, как упомянутые процессы — и главная идея «надлежащего процесса» — уже приняты. Иногда цели более вторичны и рациональны, чем движущая сила.

¹ См. также Федеральные правила гражданского процесса (*Federal Rules of Civil Procedure*), правило 26, обязывающее суд сократить непропорциональные изыскания.

² N. Andrews, *English Civil Procedure*, Oxford and New York, 2003, § 2.25–2.39.

³ C. Piche, *Figures, Spaces and Procedural Proportionality*, paper for XIV Congress, Intern. Ass'n on Proc. Law, Heidelberg, Germany, July 28, 2011.

34. Но в будущем возможно, что цели проявятся более отчетливо в формирующихся процессуальных правилах. И основной выбор между «частным» разрешением споров и «публичным» применением закона является центральным в этом процессе. Американская риторика и реальность по-прежнему выступают за правоохранительное направление. Но это, кажется, не наследственная особенность общего или гражданского права и также неверно в отношении других стран с любой стороны разделительной черты. Пожалуй, самая интересная перспектива та, которая была предложена в конце разд. IV — Еврокомиссия может также принять направление частного правоприменения.

СЕКЦИЯ 3. ГРАЖДАНСКИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ СИСТЕМЫ

Основной доклад

Дмитрий Малешин, член Правления Международной ассоциации процессуального права, МГУ им. М.В. Ломоносова (Россия)

Национальные доклады

- Австралия: **Дэвид Бэмфорд** (*David Bamford*), Университет Флиндерс (*Flinders University*)
- Бразилия: **Тереза Вамбьер** (*Teresa Wambier*), Папский католический университет Сан-Паулу (*Pontifical Catholic University of São Paulo*)
- Китай: **Маргарэт Ву** (*Margaret Woo*), Северо-Восточный университет США (*Northeastern University*)
- Италия: **Кьяра Бессо** (*Chiara Besso*), Туринский университет (*University of Turin*)
- Венгрия: **Виктория Харшаги** (*Viktória Harsági*), Католический университет Петера Пазмания (*Pazmany Peter Catholic University*)
- Румыния: **Сербан Вакарелу** (*Serban Vacarelu*), Маастрихтский университет (*Maastricht University*)
- ЮАР: **Даниэл Ван Логгеренберг** (*Daniël Van Loggerenberg*), **Андре Бореин** (*André Boraïne*), Университет Претории (*University of Pretoria*)
- Турция: **Мурат Осунай** (*Murat Ozsunay*), компания «Осунай и партнеры» (*Ozsunay law office*)
- США: **Джеффри Томас** (*Jeffrey Thomas*), Университет Миссури (*University of Missouri*)

Дмитрий Малешин¹

ОСНОВНОЙ ДОКЛАД

Введение

Типологизация гражданских процессуальных систем является одной из важных и наиболее дискутируемых проблем науки гражданского процессуального права.

В настоящее время, несмотря на сближение гражданского процессуального законодательства разных государств, на широкое распространение общепризнанных правил отправления правосудия, имеются различия в их применении на практике. Специфика гражданского процесса не только имеет место, но и оказывает значительное влияние на развитие всей правовой системы того или иного государства.

¹ МГУ им. М.В. Ломоносова (Россия).

Появившиеся еще в XIX в. классификации правовых систем, а затем и гражданских процессуальных систем не отвечают современному развитию права. В качестве ключевого критерия они используют законодательство, которое становится с каждым годом более универсальным, стирая существовавшие в прежние времена различия. Тем не менее, несмотря на подобный процесс своеобразной гражданской процессуальной глобализации, правосудие в разных частях мира в настоящее время ничуть не менее разнообразно, чем в XIX в. Складывается парадоксальная ситуация: законодательство одинаково, а результат разный.

Причина заключается в специфике правовой культуры, которая в свою очередь обусловлена социокультурным типом общества. Глобализация, проводимая «сверху» путем универсализации законодательства, никак не может затронуть правовую культуру. Она не подвержена влиянию «сверху» и не подлежит заимствованию. Разнообразие правовой культуры будет иметь место до тех пор, пока существуют различные социокультурные типы.

Поэтому, несмотря на сближение гражданского процессуального законодательства, проблема типологизации гражданских процессуальных систем актуальна в настоящее время не меньше, чем ранее. Именно этой проблеме посвящено обсуждение третьей секции «Гражданские процессуальные системы: аргументы за и против» конференции «Гражданское судопроизводство в межкультурном диалоге. Евразийский контекст». Ключевой вопрос: критерии разграничения гражданских процессуальных систем. Прежние критерии не позволяют выявить различия, а новые не предложены. С нашей точки зрения, специфика гражданских процессуальных систем в настоящее время обуславливается в первую очередь правовой культурой, которая и должна выступать основным критерием типологизации. Исходя из такой постановки проблемы национальным докладчикам было предложено дать ответы на следующие вопросы:

— Какая классификация гражданских процессуальных систем является наиболее оптимальной в настоящее время и какие могут быть использованы критерии для их разграничения? Может ли таким критерием быть правовая культура?

— К какой системе может быть отнесен национальный гражданский процесс, докладчиком по которому Вы являетесь, и почему?

— Дайте характеристику основных черт национального гражданского процесса. Есть ли самобытные, уникальные процессуальные институты, которые отсутствуют в других правовых системах?

— Влияет ли правовая культура на гражданский процесс в Вашей стране? Если да, то, как это отражено в законодательстве?

1. Обзор существующих типологий гражданских процессуальных систем

В сравнительном правоведении и отраслевых науках существует множество типологий правовых систем. Классической принято считать теорию, согласно которой существуют две основные правовые системы: романо-германская и англосаксонская¹.

¹ См., например: H. J. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1985, p. 1; E. Washburn, *The Relation of the Civil to the Common Law* // *The American Law Register*, 1873, vol. 21, No. 11, p. 673–681; R.W. Lee, *The Civil Law and the Common Law: A World Survey* // *Michigan Law Review Association*, 1915, vol. 14, No. 2, p. 89–101; P.J. Hamilton, *The Civil Law and the Common Law* // *Harvard Law Review*, 1922, vol. 36, No. 2, p. 180–192.

В период существования СССР к ним добавляли еще социалистическую¹, а после распада — постсоциалистическую системы. Есть точка зрения, что социалистическая модель никогда не существовала, а была частью романо-германской системы². Иногда к ним присоединяют самостоятельные системы исламского³ и скандинавского⁴ права. В 1929 г. была предложена карта правовых систем мира, включающая 16 различных моделей⁵! Несмотря на разнообразные дополнения, большинство типологий базируются на двух основных «столпах»: англосаксонской и романо-германской правовых системах.

В настоящее время обе правовые системы, по расчетам специалистов из университета г. Оттавы (Канада), распространены в 62% государств и среди 70% населения мира⁶. На основе континентального права построены правовые системы более 90 государств, а на базе общего права — 42 стран⁷.

Вышеописанные правовые системы являются наиболее распространенными в современном мире, но они не исчерпывают всего многообразия других правовых семей. Например, принято выделять смешанные правовые системы (*mixed jurisdiction*). Правовая система может быть признана смешанной, только если она характеризуется следующими чертами. Во-первых, в ее основе должны лежать как англосаксонские, так и романо-германские институты. Во-вторых, должно быть «полноценное» смешение. Наличие одного «чужеродного» института не может свидетельствовать о смешанной системе. В-третьих, «смешение» имеет определенную структурную специфику: частное право является романо-германским, а публичное — англосаксонским⁸.

В сфере гражданского судопроизводства также традиционно выделяют две системы: общего и континентального права. Хотя различия не настолько сильны, как в прежние столетия⁹, обе системы обладают отличительными процессуальными институтами. Принципиальное различие заключается в роли суда и сторон. В континентальной системе активным является суд, а в англосаксонской — стороны¹⁰.

Отличительными чертами классической англосаксонской системы гражданского судопроизводства являются: 1) суд присяжных; 2) предварительное судебное заседание; 3) допрос свидетелей, а также иные процессуальные действия, осуществляемые сторонами до начала судебного заседания; 4) пассивность судьи; 5) институт

¹ A.G. Chloros, *Common Law, Civil Law and Socialist Law: Three leading Sytems of the World, Three Kinds of Legal Thought* // Varga C. (ed.), *Comparative Legal Cultures*, New York, 1992, p. 83–97.

² J. Quigley, *Socialist Law and the Civil Law Tradition* // 37 *American Journal of Comparative Law* (1989), p. 781–808.

³ S. Vago, *Law and Society*, New Jersey, 2003, p. 12–18.

⁴ J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1985, p. 5.

⁵ J.H. Wigmore, *A Map of the World's Law* // 19 *Geographical Review*, 1929, No. 1, p. 114; F.P.W., *The Legal Systems of the World* // 13 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (1931), No. 4, p. 311.

⁶ *World Legal Systems* [www-сайт]: URL: <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems> (2008, 17 июля).

⁷ N. Mariani, G. Fuentes, *World Legal Systems*, Montreal, 2000, p. 7–12.

⁸ V.V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2001, p. 7–10.

⁹ H. Jacob, *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, 1996, p. 4.

¹⁰ M.R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986, p. 3; D. Epstein (ed.), J.L. Snyder, C.S. Baldwin, *International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice and Strategy*, 2002, p. 3/6–3/8.

групповых исков (*class actions*); 6) выбор экспертов и оплата экспертизы сторонами; 7) применение судебного прецедента как источника права¹.

Основными чертами классической континентальной системы гражданского судопроизводства являются: 1) отсутствие суда присяжных; 2) отсутствие слушаний, проводимых до начала судебного заседания; 3) активность судьи; 4) собирание и истребование доказательств судом; 5) судебный допрос свидетелей; 6) назначение экспертизы судом².

Существуют также процессуальные модели, которые не относятся к классическим романо-германской или англосаксонской системам и могут быть обозначены как «исключительные». Примерами являются системы гражданского процесса Японии³, Китая⁴, Филиппин⁵ и некоторых других государств.

Несмотря на распространенность этой типологии, считаю, что в настоящее время она устарела, поскольку в ее основе лежит только законодательство и не учитываются другие факторы, такие как правовая культура, правоприменительная практика и др. Требуется разработка других критериев и обоснование новой типологии гражданских процессуальных систем.

2. Правовая культура как критерий типологизации гражданских процессуальных систем

Важную роль в развитии гражданского процессуального права играет правовая культура и социокультурный тип общества в целом. От них зависит правоприменительная практика, которая в свою очередь дает истинное представление о гражданской процессуальной системе, а не только о ее законодательной «оболочке». В некоторых случаях социокультурные условия общества обуславливают не только практику применения, но и специфику конкретных процессуальных институтов.

Развитие права в современный период характеризуется сближением гражданского процессуального законодательства. Оно является предметом рецепции во многих государствах, независимо от отношения к праву в целом. В то же время если законодательство постепенно сближается, то практика применения отнюдь не имеет такой тенденции. Напротив, она значительно отличается в разных регионах и обусловлена именно социокультурными условиями общества. Правовая культура

¹ G.C. Hazard, M. Taruffo, *American Civil Procedure. An Introduction*, 1993, p. 5, 19–22, 86–104; F. James, G.C. Hazard, J. Leubsdorf, *Civil Procedure*, 1992, p. 4–10; J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, 2000, p. 175–182.

² См., например: J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 1985, p. 111–123; J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure* // 52 *University of Chicago Law Review* (1985), p. 824, 826, 835; H. Kotz, *Civil Justice Systems in Europe and the United States* // *Duke Journal of Comparative and International Law* (2003), p. 66, 68.

³ См.: Y. Taniguchi, *The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century?* // 45 *The American Journal of Comparative Law* (1997), p. 767–791; H. Matsumoto, *The Reception and Transmission of the Law of Civil Procedure in Japan – The Experience in Japan* // M. Deguchi, M. Storme (eds.), *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society. Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law*, Antwerpen, 2008, p. 142–143.

⁴ M.Y.K. Woo, Y. Wang, *Civil Justice in China: An Empirical Study of Courts in Three Provinces* // 53 *The American Journal of Comparative Law* (2005), p. 911.

⁵ E.A. Tan, *Special Features of Comparative Procedural Law in the Philippines* // 3 *Zeitschrift für Zivilprozess International* (1998), p. 424–425.

и правоприменительная практика позволяют в современный период проводить истинное разграничение между гражданскими процессуальными системами. Они выступают одними из ключевых критериев типологизации.

Данные критерии недостаточно учитываются в классической типологии. В отличие от законодательства и других формальных критериев, которые отражают только нормативную специфику, правовая культура как критерий типологизации позволяет определить как характер применения права, так и в целом роль права и правосудия в обществе. То есть данный критерий формирует не формальное, а качественное своеобразие национальной гражданской процессуальной системы.

Право является одним из способов социального регулирования. В то же время правовое регулирование характерно не для всех типов общества. В одних странах существует длительная юридическая традиция, а в других государствах право мало что значит для его граждан¹. Распространена точка зрения, согласно которой чем сложнее общественные отношения, тем эффективнее их регулирование с помощью юридических норм². Исходя из этого постулата делается вывод о том, что правовое регулирование характерно только для развитых обществ. В традиционных обществах юридические нормы практически отсутствуют³. В них достаточно общественного порицания и других способов социального контроля. Не затрагивая подробно данную проблематику, считаю, что в определенных случаях неправовые способы являются более эффективными, чем нормы права. Более того, степень эффективности правового регулирования зависит, с моей точки зрения, от «предрасположенности» к нему культурологического типа общества. Например, правовые нормы не являются эффективным способом социального регулирования в азиатских и других основанных на коллективизме обществах, где более эффективны другие способы социального контроля. Несмотря на специфическую роль права в данных обществах, неверно относить их к «неразвитым» правовым порядкам. В Европе, Северной Америке и других обществах, основанных на индивидуализме, право, наоборот, является основным социальным регулятором. Другие формы социального контроля применяются, но роль их незначительна.

В гражданском процессуальном праве специфика культуры играет особую роль. Анализ их взаимодействия позволяет определить эффективность тех или иных процессуальных институтов в конкретном обществе. Игнорирование в законодательстве элементов той или иной социокультурной модели является причиной правового нигилизма в сфере гражданского процесса.

Взаимовлияние культуры и права обуславливает не только специфику законодательства, но в первую очередь практики его применения. Похожие гражданские процессуальные кодексы могут иметь совершенно разную степень эффективности в зависимости от социокультурных условий общества. Кроме собственно правовых норм большое значение имеют другие формы социального регулирования. Например, во многих странах социальные правила и традиции имеют большее воздействие на судей при вынесении ими решений, чем конкретные юридические

¹ Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход: Пер. с фр. М., 2009. С. 103–110.

² R.L. Akers, *Toward a Comparative Definition of Law* // *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 1965, vol. 56, No. 3, p. 301.

³ L.M. Friedman, *Legal Culture and Social Development* // *Law and Society Review*, 1969, vol. 4, No. 1, p. 30.

предписания¹. Например, высшие суды Германии при обосновании решений часто ссылаются на нравственные принципы и нормы морали². Нравственные начала играют большую роль в гражданском процессе Китая³. Во всех странах Юго-Восточной Азии право не имеет главной роли в регулировании общественных отношений, ему отводится второстепенное место.

Правовая культура является одним из ключевых факторов в развитии гражданского процессуального права. Оно не может существовать автономно, вне общества, в котором применяется. Социокультурные условия общества обуславливают роль права в обществе, а следовательно, и значение гражданского судопроизводства. Кроме того, культурологический тип общества определяет тип гражданской процессуальной системы, вектор развития основных ее компонентов.

Влияние культуры на гражданский процесс происходит по следующей схеме. Правовая культура, являясь частью социокультурного типа общества, воздействует на гражданскую процессуальную систему через правосознание и юридическую практику⁴. Таким образом, правовая культура обуславливает развитие национального гражданского процессуального права и является одним из ключевых критериев типологизации гражданских процессуальных систем.

3. Национальные примеры, основанные на докладах секции⁵

Авторы большинства национальных докладов секции иллюстрируют влияние культуры на гражданский процесс конкретными примерами.

Наиболее наглядно демонстрирует значение культуры в развитии гражданского процессуального права сравнение правосудия в Германии и некоторых государствах Азии. Немецкое гражданское процессуальное законодательство практически дословно было адаптировано в Японии в конце XIX в., а также в некоторых других государствах Азии. Тем не менее, я думаю, многие согласятся, что практика правосудия в Германии и азиатских странах отличается кардинально. Причина заключается в специфике культуры, которая во многом обусловлена религиозными факторами.

Несмотря на высокий уровень экономического развития Японии и Китая, правовой нигилизм в этих странах получил широкое распространение. Как отмечают известные французские компаративисты, «весть Дальний Восток традиционно придерживается именно такого взгляда, выразив его в формуле «право хорошо для варваров»⁶. Одна из причин такого подхода — неоднозначное отношение к праву в учении конфуцианства. До конца XIX в. термин «право» имел отрицательное значение в Китае.

¹ J. Raz, *The Identity of Legal Systems* // *California Law Review*, 1971, vol. 59, No. 3, p. 802.

² Аболонин В.О. «Справедливый» гражданский процесс: иллюзия или реальность? (о роли морали и нравственности при разрешении гражданских дел) // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. № 6 (2007). СПб., 2008. С. 20.

³ Сян Х. Судебные доказательства в гражданском процессе (опыт сравнительного правоведения на примере России и Китая). М., 2009. С. 17.

⁴ Подробнее о взаимовлиянии культуры и гражданского процесса см.: Малеших Д.Я. Методология гражданского процессуального права. М., 2010.

⁵ Этот раздел основан на национальных докладах, подготовленных в рамках секции 3, авторам которых я выражаю благодарность.

⁶ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 27.

Такое негативное восприятие права имеет самое непосредственное отношение к гражданскому процессу. Учение конфуцианства отрицательно относится к любому судебному разбирательству. Устранение конфликтов должно осуществляться путем переговоров и уступок с целью сохранения гармонии в обществе. Обращение в суд или требование восстановить свои права может только усилить дисгармонию¹. Подача искового заявления рассматривается как неспособность четко следовать учению конфуцианства, как нарушение его основных постулатов. Поэтому судебное разбирательство всячески избегается как в Китае, так и в Японии, а также в других странах Азии². Традиционно разрешение спора основывается на чувстве справедливости, а лишь затем применяется право. Страх общественного порицания сдерживает граждан обращаться в суд. Судьи в свою очередь часто игнорируют законы, руководствуясь собственным восприятием справедливости.

Создание судебной системы Китая в XIX в. диктовалось идеей «модернизации» страны и вовлеченностью европейцев в общественную жизнь и, как следствие, необходимостью разрешения возникающих конфликтов. Изначально судебная система рассматривалась как чужеродный институт. Ее введение было обусловлено, главным образом, необходимостью своеобразного соответствия международным требованиям того времени. Внутри китайского общества потребность в формализованной судебной системе западного типа не существовала. До начала XX в. разрешение конфликтов осуществлялось преимущественно путем медиации и переговоров³.

Профессор Ву (Woo) из университета Бостона (*Boston University* (США)) в национальном докладе, касающемся китайского гражданского процесса, указывает, что последние законодательные изменения направлены на более широкое «введение медиации повсеместно, там, где это возможно в целях стабилизации общественных отношений, поскольку суды не справляются с задачей снижения уровня конфликтности в обществе»⁴.

Япония считается страной с одним из самых низких показателей обращений в суд за защитой нарушенных прав. Однако причиной является не высокая правовая культура, а, наоборот, стремление как государства, так и граждан уменьшить роль права в жизни общества. Даже суды приспособились к такому своеобразию и разработали специальную «технику уклонения от права»⁵. Судья наделен чрезвычайными полномочиями по завершению разбирательства примирением сторон⁶, которое во многих случаях отнюдь не носит добровольный характер, а базируется на представлениях судьи. Японская статистика в этом отношении является наиболее наглядной: 30% всех дел заканчиваются мировым соглашением⁷. Это один из самых высоких показателей в мире.

¹ Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. I: Основы: Пер. с нем. М., 2000. С. 431.

² D.H. Bracey, *Exploring Law and Culture*, Long Grove, 2006, p. 365.

³ P.C. Huang, *Between Informal Mediation and Formal Adjudication. The Third Realm of Qing Civil Justice // Modern China*, 1993, vol. 19, No. 3, p. 251–252.

⁴ M. Woo, *Proposed 2011 Amendments to Chinese Civil Procedure. National Report for the IAPL Moscow Conference, Moscow, September 18–21, 2012*, p. 1.

⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 27.

⁶ T. Kojima, *Civil Procedure Reform in Japan // Michigan International Law Journal*. 1990, p. 1218.

⁷ K. Rokumoto, *Law and Culture in Transition // American Journal of Comparative Law*. 2001, No. 49, p. 556.

Причина подобного, по выражению японских ученых, «отвращения» к судопроизводству заключается в отрицательном отношении к нему со стороны конфуцианства. Правовые нормы наименее значимы среди социальных регуляторов¹. Если во всем мире число юристов неуклонно растет, то в Японии оно практически не изменилось с начала XX в. Показатель Японии один из самых низких среди индустриально развитых стран — один юрист на 6258 человек². Число судей также не увеличилось с 1890 г. В 2001 г. их было всего 2250³. Однако если в тот период один судья приходился на 22 тыс. человек, то сейчас — на 60 тыс. Кстати, показатель обращений в суд также является невысоким, что послужило одной из причин для обновления гражданского процессуального кодекса в 1996 г., которое, вопреки желаниям законодателя, так и не изменило негативное отношение граждан к судебной системе⁴. Предпочтение отдается переговорам и медиации. Они позволяют достичь гармонии в обществе, что невозможно в условиях судебного разбирательства, поскольку всегда есть проигравшая и выигравшая стороны⁵. Поэтому такой порядок некоторые ученые называют «невраждебным» способом разрешения споров⁶. Кроме того, следует принимать во внимание, что в японском обществе сохранение репутации является более важным, чем соблюдение правовых норм. Ее потеря для японцев сравнима с тюремным наказанием для европейцев⁷. Поэтому неправовые способы социального регулирования в Японии являются первостепенными и более эффективными. Получившие распространение до правовых реформ конца XIX в. традиционные способы разрешения споров по-прежнему широко используются и часто применяются вместо судопроизводства, которое японское общество считает неэффективным⁸.

В Корее, считающейся страной, где идеи конфуцианства по-прежнему имеют большее влияние, чем в других странах Юго-Восточной Азии, обращение в суд используется также в исключительных случаях⁹. Первый суд был образован только в 1895 г. в Сеуле, а до этого разрешение споров осуществлялось путем медиации наиболее уважаемыми гражданами¹⁰.

В большинстве государств Африки 60% всех споров рассматриваются вне суда, в порядке, действовавшем еще до колонизации¹¹. С появлением европейцев в неко-

¹ R.B. Parker, *Law, Language and the Individual in Japan and the United States* // *Wisconsin International L. Rev.*, 1988, No. 7, p. 179–180; Y. Noda, *Introduction to Japanese Law*, Tokyo, 1976, p. 159–160.

² Ватанабэ Ф. Как работает прокуратура Японии // Российская юстиция. 1994. № 8. С. 45.

³ S. Ota, *Reform of Civil Procedure in Japan* // *The American Journal of Comparative Law*, 2001, No. 49, p. 562.

⁴ C.F. Goodman, *Japan's New Civil Procedure Code: Has it Fostered a Rule of Law Dispute Resolution Mechanism?* // *Brooklyn Journal of International Law*, 2004, No. 29, p. 519, 610.

⁵ T. Kawashima, *Dispute Resolution in Contemporary Japan* // A.T. von Mehren (ed.), *Law in Japan*. Cambridge, 1963, p. 41–44.

⁶ C.F. Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan*, New York, 2004, p. 197.

⁷ D. Black, *Sociological Justice*, New York, Oxford, 1989, p. 84–85.

⁸ См.: *Dispute Resolution in Japan: A Survey* // *Florida State University L. Rev.*, 1982, No. 10, p. 339; N. Yamanouchi, S.J. Cohen, *Understanding the Incidence of Litigation in Japan: A Structural Analysis* // *International Lawyer*, 1991, No. 24, p. 443.

⁹ C. Hahn, *Law, Culture and the Politics of Confucianism* // *Columbia Journal of Asian Law*, 2003, vol. 16, No. 2, p. 257, 259, 273, 278.

¹⁰ Y. Kwon, *Litigating in Korea: A General Overview of the Korean Civil Procedure* // *Journal of Korean Law*, 2007, Vol. 7, No. 1, p. 109, 111.

¹¹ O. Oloruntimehin, *The Status of Informal Social Control and Dispute Resolution — An analysis of African Societies* // Sebba L. (ed.), *Social Control and Justice*, Jerusalem, 1996, p. 338.

торых странах вообще стали функционировать две разные системы судов. В одной системе применялось обычное право, получившее развитие до колонизации, а в другой — писаное право¹. Хороший пример — государство Свазиленд, где официально наравне с общими судами параллельно существуют племенные суды, в которых применяется не законодательство, а родовые обычаи, но вынесенные решения могут быть обжалованы в общих судах, которые в свою очередь при рассмотрении подобных заявлений должны применять обычаи². Похожий порядок существует в государстве Ботсвана³. В настоящее время основным социальным регулятором для большинства населения по-прежнему является не законодательство, а обычаи. Они имеют религиозные корни, а принципом регулирования выступает гармония и равновесие в общественных отношениях⁴. Поэтому разрешение конфликтов осуществляется преимущественно путем переговоров, цель которых — примирение сторон.

Профессора Логгеренберг и Бореин (*Loggerenberg* и *Boraine*) из Университета Претории (*University of Pretoria* (ЮАР)) в национальном докладе, касающемся южноафриканского гражданского процесса, отмечают, что он в своей основе имеет англосаксонское право. В то же время они особо подчеркивают постоянное влияние социокультурной специфики страны на развитие гражданского процесса⁵.

Правовая культура играет важную роль в развитии гражданского процесса не только в странах Азии и Африки, но и в других частях света. Европа — хороший пример.

Если граждане Японии и других стран Юго-Восточной Азии предпочитают компромиссы, либо разрешают споры путем переговоров и медиации, то американцы, наоборот, считаются нацией с наивысшими показателями обращений в суд. Излишнее сутяжничество рассматривается как одна из негативных черт американского общества, превращающая судопроизводство не столько в форму восстановления справедливости, сколько в шоу и источник заработка. Реализуя личную целеустремленность, человек, воспитанный в соответствии с данным мировоззрением, скорее обратится в суд, чем станет использовать переговоры или другие способы несудебного разрешения конфликтов.

Американские процессуалисты считают, что состязательный характер гражданского судопроизводства и доминирование в нем адвокатов также являются следствием индивидуализма. Например, по мнению некоторых ученых, гражданский процесс основывается и отражает исторически сложившиеся в их стране традиции и ценности, которые заключаются в свободе личности, ее развитой индивидуальности, состязательности как в межличностных отношениях, так и в конкуренции в условиях свободного рынка⁶. Индивидуализм признается доминирующим фактором в развитии судопроизводства⁷. «Состязательная идеология» настолько глубоко

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 391.

² F.R. Whelpton, *The Indigenous Swazi law of Court procedure: a Restatement* // *Journal of South African Law*, 2005, No. 2, p. 348–350.

³ I. Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, Reprinted, Hamburg, 1994, p. 35.

⁴ Гусейнов А.И. Право как феномен культуры: Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007. С. 36.

⁵ D. Loggerenberg, A. Boraine, *National Report of Republic of South Africa for the IAPL Moscow Conference*, Moscow, September 18–21, 2012, p. 2.

⁶ S.N. Subrin, M.Y.K. Woo, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, New York, 2006, p. 23.

⁷ H. Jacob, *Courts and Politics in the United States* // Jacob H. (ed.), *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven and London, 1996, p. 37.

укоренилась в США, поскольку соответствует национальной культуре и поэтому какие-либо фундаментальные изменения в этой области невозможны¹.

Профессор Томас (*Thomas*) из Университета Миссури (*University of Missouri* (США)) в национальном докладе, посвященном американскому гражданскому процессу, подчеркивает, что «самобытность многих американских процессуальных институтов объясняется спецификой правовой культуры»².

Особый характер влияние культуры имеет в Европе.

Профессор Харшаги (*Harsági*) из Католического университета Петера Пазмани (*Pazmany Peter Catholic University*) в национальном докладе указывает на то, что в своей основе гражданское процессуальное право Венгрии имеет смешение правовых культур, «базируется на романо-германском праве, но продолжает иметь социалистическое наследство»³.

Доктор Вакарелу (*Vacarelu*) из Маастрихтского университета (*Maastricht University* (Нидерланды)), национальный доклад которого содержит характеристику гражданского процесса Румынии, отмечает, что румынский гражданский процесс базируется на романо-германском праве и изобилует примерами влияния культуры на правосудие⁴.

Профессор Бессо (*Besso*) из Туринского университета (*University of Torino* (Италия)) в национальном докладе, рассматривая итальянский гражданский процесс, обращает внимание на взаимное влияние культуры и гражданского процесса друг на друга и иллюстрирует этот тезис конкретными примерами из итальянского гражданского процесса, касающимися, например, рецепции института групповых исков и медиации⁵.

Английские правоведы объясняют состязательный характер судопроизводства и пассивное участие в нем судьи соответствием «английскому стремлению к независимости и любви к «справедливому состязанию»»⁶. Индивидуалист чувствует себя увереннее в состязательной борьбе, чем при субъективной поддержке судьи⁷. Поэтому многие ученые отрицательно отнеслись к проведенной в 1999 г. реформе Вульфа, значительно усилившей роль суда, посчитав, что такой порядок будет иметь сильный резонанс в культуре общества⁸. Например, профессор Йолович (*Jolowicz*) отмечает, что «между тем, сложно поверить, что прежняя философия состязательной системы более не может существовать... будущие судьи будут играть более активную роль...»⁹.

Интересным является опыт правовой интеграции в Европейском Союзе. Популярная среди европейских ученых идея «гармонизации права» сталкивается в области

¹ M. Asimow, *Popular Culture and the American Adversarial Ideology* // M. Freeman (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford, 2004, p. 609.

² J. Thomas, *National Report of the USA for the IAPL Moscow Conference*, September 18–21, 2012, p. 5.

³ V. Harsági, «Downstream or Up the Stream». *Influence of Different Legal Cultures on Hungarian Civil Procedural Law. National Report of Hungary for the IAPL Moscow Conference*, Moscow, September 18–21, 2012, p. 1.

⁴ Ibid., p. 17–20.

⁵ C. Besso, *The Italian Litigation system: a civil law system with a touch of common law. National Report of Italy for the IAPL Moscow Conference*, Moscow, September 18–21, 2012, p. 8–9.

⁶ J.I.H. Jacob, *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, London, 1982, p. 39.

⁷ M.P. Golding, *On the Adversary System and Justice* // Bronaugh R. (ed.), *Philosophical Law. Authority, Equality, Adjudication, Privacy*, Westport, London, 1978, p. 114.

⁸ S. Roberts, *Settlement as Civil Justice* // *The Modern Law Review*, 2000, vol. 63, No. 5, p. 742.

⁹ J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, p. 385.

гражданского процесса с большими трудностями¹. Культурные различия между членами ЕС настолько велики, что являются одним из препятствий для принятия единого кодифицированного акта в сфере гражданского судопроизводства. Многие процессуалисты считают по этому поводу, что единое процессуальное право Европы должно заключаться не только в общих нормативных актах, но и в общих принципах и общей правовой культуре, которую невозможно сформировать так же быстро, как могут быть разработаны общие правила².

4. Российский пример влияния культуры на гражданский процесс

Российское гражданское процессуальное право является ярким примером влияния культуры на правосудие по гражданским делам. Отечественный гражданский процесс содержит не только признаки континентального права, но и отдельные черты англосаксонского права, а также самобытные процессуальные институты, не известные другим процессуальным системам³.

В отечественной истории были периоды, когда законодатель вводил континентальные, а через некоторое время англосаксонские процессуальные институты. Например, в соответствии со ст. 367 Устава гражданского судопроизводства (УГС) 1864 г. суд, как и в странах общего права, не мог собирать доказательства по собственной инициативе. Советский гражданский процесс, напротив, рассматривался как наиболее радикальное проявление континентального типа судопроизводства. В 1995–2002 гг. суд вновь стал пассивен в собирании доказательств, а в 2002 г. законодатель пересмотрел свое недавнее решение.

Одна из причин подобной «непостоянности» кроется в специфике российской культуры, которая представляет собой соединение коллективистских и индивидуалистских воззрений и соответственно не может быть однозначно отнесена к одному из этих социокультурных типов. Российский законодатель в разные исторические периоды придерживался диаметрально противоположных взглядов на принадлежность России к тому или иному культурологическому типу. Исходя из этого правовая система в нашей стране строилась либо на основе индивидуалистического мировоззрения, либо на основе коллективизма. Ни первая, ни вторая правовые культуры не соответствуют по отдельности нравственным устоям российского общества. Вводимые правовые институты не имели широкой поддержки в обществе, что являлось причиной довольно низкого уровня правопорядка.

Российское право должно учитывать как индивидуалистические, так и коллективистские традиции и воззрения, распространенные в обществе. Данный принцип нужно принимать во внимание и в процессе законотворчества в области гражданского судопроизводства. Правовые институты, успешно действующие в Европе, не всегда удачно применяются в России⁴. УГС 1864 г. признавался многими процессуалистами одним из лучших кодексов того времени. Многие его институты стали применяться

¹ F. Carpi, *Harmonisation and Approximation in Civil Procedure* // A.M. Rabello, A. Zanotti (eds.), *Development in European, Italian and Israeli Law*, Milan, 2001, p. 294.

² M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards harmonization*, Antwerp – Apeldoorn, 2003, p. 64–65.

³ Более подробно о типе российского гражданского процесса см.: Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России. М., 2011.

⁴ См., например: H.J. Berman, *Justice in the U.S.S.R. An Interpretation of Soviet Law*, 1963, p. 216.

в европейских государствах только спустя много лет¹. В то же время в условиях России он действовал недостаточно эффективно. Спустя 20 лет после введения его в действие была создана специальная комиссия по разработке нового кодекса.

С формальной стороны основу современного романо-германского влияния на отечественный гражданский процесс заложил УГС 1864 г. Он практически «с чистого листа» писал новое российское гражданское процессуальное право. Причем его базовые составляющие действовали как в советский период, так и имеют место сейчас. То есть Устав стал своеобразной исторической вехой, открывшей очередной период развития отечественного гражданского процесса, не закончившейся и в настоящее время. С формальной стороны данный акт не имел никакой связи с прежним правом. Это касается как законодательства, так и доктрины. Устав ввел совершенно иной процесс. Законодательство разрабатывалось на основе передовых зарубежных кодексов того времени. Учитывая, что наиболее «развитым» в тот период признавалось французское, немецкое, австрийское и итальянское законодательство, то российский устав базировался преимущественно на процессуальных институтах, действовавших в данных государствах. Отечественная практика применения практически не изучалась в связи с тем, что была признана совершенно непригодной и требующей кардинального изменения.

Что касается англосаксонского влияния, то наибольший «размах» оно приобрело в конце прошлого столетия. Некоторые институты были в реальности внедрены в законодательство. Необходимость заимствования других широко обсуждалась в науке. К числу внедренных англосаксонских процессуальных элементов относятся принципы неограниченной независимости судей, состязательности и формальной истины, институты судебного прецедента и мировых судей, косвенных исков и раскрытия сторонами доказательств, а также отсутствие активности суда в собирании доказательств, возможность защиты прав неопределенного круга лиц, предварительное судебное заседание. Многие новшества 1995 г. применялись на практике недостаточно эффективно. В России суд не может быть пассивным, поскольку широкое распространение в обществе получили коллективистские воззрения. Англосаксонская модель участия суда в процессе не имела успеха в России и роль суда была вновь изменена в 2002 г.

Таким образом, «чистые» континентальные, либо англосаксонские процессуальные институты применяются недостаточно эффективно в России. Одной из причин подобного положения является специфика российского культурологического типа.

Российской смешанной гражданской процессуальной системе (сочетание романо-германских и англосаксонских процессуальных элементов) присуще также особенное, уникальное качество, придающее ей самобытный характер, которое заключается в том, что заимствованные зарубежные как англосаксонские, так и романо-германские процессуальные институты нередко приобретают в процессе правоприменения в России иное содержание, отличное от изначального. Кроме того, имеют место оригинальные процессуальные институты, а также доктринальные положения, неизвестные другим правовым системам. Как своеобразие практики применения, так и наличие уникальных процессуальных институтов и доктринальных

¹ Например, в Германии — в 1877 г., в Австрии — в 1895 г., в Венгрии — в 1911 г. См. подробнее: Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. Краснодар, 2003. С. 25.

положений обусловлены спецификой правовой культуры и социокультурного типа российского общества в целом.

Отечественное правоприменение известных другим правовым системам процессуальных институтов нередко кардинально меняет их первоначальный смысл, значительно преобразует их, придает им новый, самобытный характер.

Особенность российского социокультурного типа обуславливает специфику распределения активности суда и сторон в собирании доказательств, участия прокурора, защиты коллективных прав, а также возможность обжалования вступивших в законную силу судебных решений, потенциал несудебных форм разрешения споров, необходимость участия суда в исполнительном производстве.

1. Установленное в действующем законодательстве уникальное сочетание активности суда и сторон в собирании доказательств наилучшим образом соответствует смешанному культурологическому типу России и как следствие успешно применяется на практике.

2. Особые полномочия прокурора в гражданском процессе России являются проявлением идей коллективизма, которые выступают в качестве одной из составляющих частей российского культурологического типа. Изначальная недостаточная активность сторон, отсутствие их инициативности компенсируется участием прокурора. Его назначение заключается в оказании помощи гражданам в защите их права и законных интересов. То есть участие прокурора обусловлено необходимостью восполнения своеобразного недостатка индивидуализма в российском обществе. Обращаясь с заявлением в суд, прокурор по сути компенсирует отсутствие инициативности лиц, чьи права нарушены.

3. Интересным является влияние культуры на участие непрофессиональных судей в разрешении спора. Вызывает сомнение эффективность англосаксонского варианта присяжных заседателей в условиях российского культурологического типа. Его использование предполагает активность сторон, их представителей. Основная задача процессуального участия последних сводится к убеждению присяжных в своей позиции. В большинстве случаев исход дела зависит не от достижения судом истины, а от способности сторон к убеждению присяжных. Только их активное участие позволит защитить нарушенное право. Активность сторон возможна в условиях преобладания индивидуалистского культурологического типа, предполагающего развитое самосознание личности, ее инициативность, активное деятельное начало ее психологического состояния.

Россия относится к смешанному культурологическому типу. Использование присяжных заседателей может осложниться недостаточной развитостью так называемой Я-концепции. В гражданском процессе отсутствие инициативности сторон компенсируется активностью суда и других участников, что в той или иной мере всегда имело место в России. Совмещение активности суда и работы присяжных не представляется возможным. Два эти принципа являются взаимоисключаемыми. В подобной ситуации один из институтов окажется недействующим. Об этом свидетельствует практика использования народных заседателей в советском гражданском процессе, а также арбитражных заседателей в современном арбитражном процессе. При активности суда схожие с присяжными заседателями институты оказались неэффективными. Поэтому возникает проблема выбора между двумя институтами. Исключить активность суда не представляется возможным, поскольку

в условиях недостаточной инициативности сторон истина может быть установлена только с помощью суда. Следовательно, защита нарушенного права, принимая во внимание российский культурологический тип, может быть достигнута только в случае активности суда. Учитывая взаимоисключаемость двух институтов, участие присяжных заседателей не может быть эффективным в российском гражданском процессе, предполагающем активность суда. Поэтому введение данного института является, с нашей точки зрения, нецелесообразным.

4. Институт судебного прецедента наиболее эффективен в условиях индивидуалистского типа общества, поскольку позволяет реализовать потенциал конкретного индивидуума. В коллективистском обществе таких потребностей нет, а следовательно, условий для развития судебного прецедента не существует. Что касается России, то, учитывая ее смешанный культурологический тип, наиболее эффективным представляется сочетание обоих вариантов. Оптимальной формой такого сочетания выступает действующий порядок, когда официально источником права является только закон, а судебный прецедент таковым не признается, но его роль в правовой системе велика и фактически он используется в качестве источника права.

В России имеет место специфика использования судебного прецедента в качестве источника права. С одной стороны, он не признается таковым на официальном уровне, как в странах англосаксонского права. С другой стороны, его роль в правоприменении намного выше, чем в государствах континентального права. Такое своеобразие обусловлено прежде всего социокультурным типом российского общества.

В условиях, когда законодательство не является реальным регулятором общественных отношений, а выступает только в роли своеобразного «фасада», возникает необходимость в восполнении данного пробела. В любом случае общественные отношения должны быть урегулированы. Одним из таких регуляторов в России как раз и является судебная практика – своеобразное связующее звено между моралью и законом в регулировании общественных отношений. Законодательство нередко совершенно не учитывает социокультурный тип общества, является результатом заимствования зарубежных норм, которые непригодны для России. Мораль же, наоборот, не имеет законодательной «оболочки», действует на неформальном уровне. В подобных условиях судебная практика, с одной стороны, приближает законодательство к реальным общественным отношениям, корректирует нормативный акт, придает ему реальную силу. С помощью судебной практики законодательство перестает быть лишь «фасадом», оно превращается в эффективное средство. С другой стороны, судебный прецедент вводит мораль в регулирование общественных отношений. Те правила, которые традиционно соблюдаются на неформальном уровне, посредством судебной практики становятся общеобязательными.

Использование судебного прецедента в России значительно отличается от использования его в странах общего и континентального права. Это обусловлено, во-первых, совершенно особыми социокультурными условиями, а во-вторых, судебная практика занимает особое место в регулировании общественных отношений, выступает, как уже отмечалось, своеобразным связующим звеном между законом и моралью.

5. Следующий институт – групповые иски. Известно, что существуют три их типа: публичные, организационные и частные. Несмотря на то что институт частного группового иска используется для защиты коллективных прав и с внешней

стороны его социокультурная основа является проявлением коллективизма, его эффективная реализация возможна только в условиях индивидуалистского общества. В условиях российского смешанного культурологического типа эффективность могут иметь только публичные или организационные групповые иски.

6. Другим показательным институтом является российский специальный порядок исполнения судебных постановлений в отношении государства. Он является своеобразной отличительной чертой отечественного исполнительного производства и практически не имеет прямых аналогов в других правовых системах. Специальный порядок исполнительного производства по делам, когда должником является государство, свидетельствует о распространении коллективистских воззрений в обществе. Изъятие данной категории дел из общей процедуры исполнительного производства свидетельствует о приоритете государственных, общественных интересов над частными.

7. Интересным является влияние культуры на развитие несудебных способов разрешения спора. В условиях индивидуализма судебная форма защиты права имеет большее значение, поскольку позволяет реализовывать личностные качества индивидуума. Детально урегулированная процедура разрешения спора требует от него активного участия. Ярким примером проявления индивидуализма является состязательность гражданского процесса, раскрывающая все способности и умения конкретного субъекта.

В условиях коллективизма, наоборот, главная роль отводится несудебным формам разрешения споров. Судебная защита права неэффективна в этих обществах по следующим причинам. Во-первых, она требует реализации индивидуальной активности, что несовместимо с социокультурными установками. Во-вторых, первичной целью деятельности суда является разрешение спора, в то время как в условиях коллективизма эта цель является второстепенной, а главной – примирение сторон. В условиях деятельности суда этого не всегда удается достичь, поскольку в большинстве случаев есть проигравшая и выигравшая стороны, что только осложняет стабильность общественных отношений. Примирение сторон более эффективно осуществляется во внесудебном порядке. Кроме того, следует учитывать, что право не является основным социальным регулятором в этих обществах. В большинстве случаев таковыми являются религия, традиции, моральные установки. Поэтому решение суда, выносимое только на основе права, не может являться окончательным способом разрешения спора.

В России распространение получило многообразие судебных и несудебных форм. В различные исторические эпохи роль тех или иных органов менялась. В до-революционный период большое значение имели несудебные формы, поскольку, во-первых, суд на практике был «малодоступен» для крестьянства и малообеспеченных граждан, а, во-вторых, коллективные формы разбирательства вызывали на практике большее доверие у населения, чем судебные процедуры. В советский период общественность также принимала участие в разрешение споров. Более того, развитие таких форм разбирательства поощрялось государством и обуславливалось идеологическим фактором. В настоящее время роль несудебных способов несколько снижена, но, тем не менее, их потенциал в российском обществе велик. Учитывая смешанный характер российского культурологического типа, в стране наряду с судебным разбирательством должны быть развиты несудебные процедуры защиты права. Причем как судебная, так и несудебная формы защиты

права одинаково имеют своеобразную социокультурную основу, в полной мере соответствуют культурологическим условиям российского общества. В настоящее время в России защита права осуществляется судами, третейскими судами, комиссиями по трудовым спорам и др. Наибольшее распространение получили третейское разбирательство, медиации и пр.

Таким образом, российский опыт законотворчества является показательным в современных условиях международной интеграции и унификации правового регулирования, в том числе в области гражданского процесса. Происходящее в мире сближение процессуальных систем свидетельствует о потенциальной возможности в будущем формирования единого гражданского процесса, соединяющего традиции ранее различных систем. В то же время по-прежнему существуют так называемые самобытные процессуальные черты той или иной модели, не имеющие аналогов в других правовых системах. Уникальность российского опыта развития гражданского процесса заключается как в смешанном характере гражданского процесса, сочетающем элементы обеих систем, так и в социокультурных условиях реализации процессуальных норм, которые также содержат противоположные воззрения. Можно сказать, что эволюция гражданского процесса в России происходила в условиях постоянной «борьбы противоположностей». Эффективность процессуальной нормы всегда зависела от успешности отражения в ней обоих интересов. Даже самое незначительное преобладание одного из признаков и игнорирование другого обуславливают неэффективность процессуальной нормы. Законодатель всегда должен был находить и отражать своеобразную «золотую середину» между разными социокультурными типами. История российского гражданского процесса, а также действующее законодательство являются примером удачных законотворческих усилий по сближению разных процессуальных правопорядков в целях установления наилучшего способа защиты нарушенных прав.

5. Типологизация: коллективистские и индивидуалистские гражданские процессуальные системы

Национальные доклады, представляющие как англосаксонскую (США, Австралия) и романо-германскую (Италия, Венгрия, Румыния, Турция, Бразилия), так и смешанные правовые системы (Китай, Южная Африка), а также краткий обзор российского процесса, свидетельствуют о том, что культура является важным фактором развития гражданского процессуального права во всем мире, практически во всех существующих правовых системах.

Правовая культура, таким образом, становится в современный период одним из важных критериев типологизации гражданских процессуальных систем. Используя этот критерий, следует выделять следующие гражданские процессуальные системы: индивидуалистскую, коллективистскую и смешанную. Они соответствуют существующим социокультурным типам. Первый тип основан на индивидуализме, а второй — на коллективизме¹. Под коллективизмом понимаются моральные

¹ См., например: D.G. Myers, *Social Psychology* (2001); M. Calenkamp, *Individualism versus Collectivism* (1993); M.H. Thompson, *Individualistic and Collectivistic Liberty* // 37 *Journal of Philosophy*, No. 14, (1940), p. 382–386.

принципы, которые подразумевают приоритет группы над индивидуумом, а также организацию общества, при которой индивидуум подчиняется коллективу¹. Индивидуализм определяется как моральный принцип, который подчеркивает и развивает личную целеустремленность, а также организацию общества, которая направлена на защиту интересов индивидуума². Общество в последнем случае становится основой для реализации интересов индивидуума³. При коллективизме право направлено на защиту интересов всего общества, на достижение коллективных целей, в то время как при индивидуализме право защищает в первую очередь интересы отдельного члена общества, сориентировано на реализацию индивидуальных целей⁴. Данная проблема обсуждалась еще более ста лет назад⁵, но наибольшую актуальность получила в последнее время в связи с интеграционными процессами в современном мире.

Основное разграничение между коллективизмом и индивидуализмом проводится в зависимости от приоритета частных или общественных интересов. В гражданском процессе статус личности имеет большое значение. Инициативность или, наоборот, пассивность тех или иных участников определяет как движение процесса, так и другие его качественные характеристики.

Индивидуалистский тип гражданского процесса характеризуется тем, что он получил развитие и существует в обществах, базирующихся преимущественно на индивидуализме. В его основе лежит принцип приоритета частных интересов над общественными. В гражданском процессе индивидуализм проявляется прежде всего в особой роли права и правосудия в обществе. Право выступает в роли основного регулятора общественных отношений, а правосудие – центрального способа разрешения споров. Кроме того, являясь связующим компонентом, индивидуализм оказывает влияние на все элементы гражданской процессуальной системы. Во-первых, формирует особую практику применения. Во-вторых, обуславливает функционирование специальных процессуальных институтов, направленных на реализацию инициативы и активности личности, а также доктринальных положений и концепций. Например, так называемая неограниченная состязательность сторон и практическое невмешательство суда в собирание доказательств. Примерами являются гражданские процессуальные системы стран Европы, Северной Америки, Австралии и некоторых других государств.

Коллективистский тип гражданского процесса характеризуется тем, что он получил развитие и существует в обществах, базирующихся на коллективизме. В его основе лежит принцип приоритета общественных интересов над частными. В гражданском процессе коллективизм проявляется прежде всего в особой роли права и правосудия в обществе. Право выполняет второстепенную функцию в регулировании обществен-

¹ *Dictionary of the Social Science* / Graig Calhoun, ed., Oxford, 2000, p. 78. См. также: *The Encyclopedia Americana*. International edition, 1997, vol. 7, p. 239; *The New Encyclopaedia Britannica*. 15th ed., 2002, vol. 3, p. 453.

² *Dictionary of the Social Science* / Graig Calhoun, ed., Oxford, 2000, p. 228. См. также: *The Encyclopedia Americana*. International edition, 1997, vol. 15, p. 69; *The New Encyclopaedia Britannica*, 15th ed., 2002, vol. 6, p. 295.

³ См.: J. Crittenden, *Beyond Individualism. Reconstructing the Liberal Self*, New York, 1992, p. 77.

⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 66–76; Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 226–235; Сандевар П. Введение в право. М., 1994. С. 33–34, 74–77.

⁵ См., например: F. Cosentini, *La societe future, individualisme ou collectivisme?* 1905.

ных отношений. Основными социальными регуляторами являются религиозные, моральные и другие неправовые нормы поведения. Что касается судебного разбирательства, то оно не выступает в роли главного способа разрешения споров. Более того, нередко оно не только не приветствуется, но и порицается на уровне моральных и религиозных установок.

Кроме того, коллективизм оказывает влияние на правоприменительную практику. В условиях, когда право не является ключевым регулятором, отношение к нему в обществе также формируется своеобразное. Правовой нигилизм становится распространенным явлением. На практике реализация многих юридических институтов обуславливается религиозными или иными общепринятыми правилами поведения. В результате они теряют изначально заложенный в них смысл, приобретают совершенно иное значение. Кроме того, нередко имеют место и отдельные процессуальные институты, разработанные на базе религиозных норм. Примером является гражданский процесс некоторых мусульманских государств, где нормы ислама имеют прямое действие в гражданском процессе. Такие процессуальные институты, как, например чрезмерная активность суда в собирании доказательств или пересмотр решений в порядке надзора, направлены на реализацию коллективистских установок. Суд позиционируется не в качестве арбитра, а как своеобразный заступник, защитник. Примерами являются гражданские процессуальные системы стран Азии, Африки и некоторых других государств.

В культурологии имеет место смешанный социокультурный тип, характеризующийся отсутствием четкого доминирования приоритета интересов личности или общества. В гражданском процессуальном праве кроме индивидуалистского и коллективистского типов также следует выделять еще смешанный тип гражданских процессуальных систем. Он базируется на распространении в обществе принципов как индивидуализма, так и коллективизма, их смешении как в личностном, так и в общественном сознании. В гражданском процессе такое смешение обуславливает прежде всего своеобразие практики применения, а также специфику реализации законодательства и других элементов гражданской процессуальной системы.

Таким образом, применение такого критерия, как социокультурный тип общества, позволяет различать индивидуалистский (страны Европы, Северной Америки, Австралия), коллективистский (страны Азии, Африки и т.д.) и смешанный (страны Южной Америки, Евразии) типы гражданских процессуальных систем¹.

Разделение на коллективистский и индивидуалистский типы не исключает существования романо-германской и англосаксонской гражданских процессуальных систем. Просто в первом случае речь идет о сущностных характеристиках процесса, касающихся правовой культуры правоприменения и др., а во втором — формальных, предполагающих сравнение только законодательства.

Вывод

В заключение хотелось бы подчеркнуть, что даже в современном мире, отличающемся широкими интеграционными процессами, где нередко стираются всякие

¹ Более подробно о делении на коллективистский и индивидуалистский типы гражданского процесса см.: *Малешин Д.Я.* Методология гражданского процессуального права. М., 2010.

национальные границы, в том числе в сфере юриспруденции и появляются общие законодательные шаблоны, правосудие по гражданским делам сохраняет национальный характер и специфику. И как мне представляется, и, надеюсь, многие докладчики секции согласятся, именно это обеспечивает движение вперед, развитие гражданского процессуального права во многих странах.

Дэвид Бэмфорд (*David Bamford*)¹

АВСТРАЛИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

СБЛИЖЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ СИСТЕМ?

ГРАЖДАНСКАЯ ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ СИСТЕМА АВСТРАЛИИ В XXI ВЕКЕ²

С первых дней занятий каждый австралийский студент изучает австралийскую правовую систему как часть великой системы прецедентного права, унаследованной от Англии. Тем не менее за последние 40 лет можно наблюдать большие изменения как в содержании, так и в структуре австралийского права. Влияние системы прецедентного права на правовую систему Австралии уменьшается. Каждый год в законодательство вносятся изменения, касающиеся основных принципов прецедентного права, в том числе в области деликтов, договорного, уголовного и административного права, а также доказательств. Юридические школы при изучении и анализе дел (прецедентов) от привычного *ratio decidendi* переходят к противоположному *obiter dicta*. С признания власти и авторитета судей акцент смещается на знания и навыки толкования закона³.

Названные процессы также актуальны для гражданского процесса. Базовые принципы прецедентного права, унаследованные от Англии в XVIII и XIX вв., находятся под возрастающим нападением. В результате проведения двух из наиболее значимых реформ гражданского процесса за последние 40 лет роль судебного решения снизилась и расширился судебный контроль в судебном процессе. Насколько это было возможно, вынесение судебных решений замещалось внесудебным разрешением споров для дел, остающихся в юрисдикции суда. Судебный контроль за гражданским процессом был расширен за счет введения новой системы делопроизводства, призванной обеспечить оперативность и эффективность производства по делу с начала и до конца.

Именно на этой реформе будет сконцентрировано наше внимание. Рассматриваемое делопроизводство подрывает одну из фундаментальных основ прецедент-

¹ Профессор Университета Флиндерс (*Flinders University*) (Австралия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен аспирантом В. Поляковым (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

³ Lord Steyn, *The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts* // (2002) 25 *Sydney L. Rev.* 5, 5: «...академическая профессия и университеты не полностью отражают действительность — это доминирующий источник закона в наше время». См. также: J. Spigelman, *The Poet's Rich Resource: Issues in Statutory Interpretation* // (2001) 21 *Australia Bar Review* 224; Paul Finn, *Statutes and the Common Law: The Continuing Story* // Suzanne Corocan, Stephen Bottomley, *Interpreting Statutes*, 2005.

ного права — состязательность процесса. Согласно традиционному пониманию процесса в прецедентном праве судья принимает участие только в заключительной части непрерывного судебного разбирательства. До начала процесса судья не знает всех обстоятельств дела. Во время процесса роль судьи заключается в обеспечении порядка судебного заседания и порядка предоставления доказательств, и только в конце судебного разбирательства (если не были вовлечены присяжные заседатели) судья выносит решение по делу на основании представленных сторонами доказательств.

С введением новой системы делопроизводства судья становится участником процесса с момента возбуждения дела, где он в разумные сроки определяет порядок рассмотрения дела, совершает необходимые процессуальные действия, помогает сторонам определить подлежащие доказыванию обстоятельства. Есть предположение, что эти изменения роли судьи в прецедентном праве сближают его со сторонами по делу¹. Это только очередной шаг к изменению роли судьи в прецедентном праве. В Австралии, где дела с участием арбитражных заседателей рассматриваются редко, судьи уже занимаются установлением фактических обстоятельств по делу. Однако роль суда в установлении обстоятельств по делу расценивается как своего рода отправная точка существенных изменений, происходящих в процессе состязательности в судебном разбирательстве, построенном по прецедентному праву и гражданско-правовому процессу с присущей ему инквизиционностью².

В действительности установление различий в степени состязательности в гражданско-процессуальных системах не имеет ценности, поскольку варианты процессуальных систем, состоящих из элементов обеих правовых семей, многообразны, сейчас необходимо лучше понимать общность этих двух систем. Представляется более ценным вместо сопоставления здесь правовых моделей инквизиционного гражданского процесса сфокусироваться на существенных изменениях роли судьи.

Итак, можно наблюдать два направления изменения роли судьи, выходящие за пределы судебной процедуры по традиционному прецедентному праву. Во-первых, возрастание роли судьи в контроле над сбором доказательств. Во-вторых, участие судьи в процедуре, предшествующей судебному разбирательству.

Изменение роли судей при сборе доказательств

Принцип независимости судебного разбирательства означает, что австралийские суды определяют подлежащие доказыванию обстоятельства по делу и объем необходимых доказательств, которые должны будут предоставить стороны в обоснование своих требований. Однако в Австралии всегда существовали суды, которые не применяли эти правила. Сохранившаяся практика судов справедливости³ была также важна для Австралии, но судебный контроль в вопросах определения

¹ См.: Thomas Rowe Jr, *Authorised Managerialism under the Federal Rules — And the Extent of Convergence with Civil-Law Judging* // (2007) 36 *Southwestern University L. Rev.* 191. См. также: Linda Mullenix, *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence* // (2001) 46 *Villanova L. Rev.* 1.

² См., например: Charles Koch Jr, *The Advantages of the Civil Law Judicial Design as the Model for Emerging Legal Systems* // (2004) 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 139.

³ См.: Amalia Kessler, *Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process and the Search for an Alternative to the Adversarial* // (2004) 90 *Cornell L. Rev.* 1181.

подлежащих доказыванию обстоятельствах и сбор доказательств был ограничен (находился в юрисдикции) судебными корнерами¹. В Австралии корнеры всегда были вовлечены в процесс установления истины по делу. Корнеры не принимают решение о верности представленных доводов одной из состязующихся сторон, чаще они занимаются выяснением обстоятельств, способствующих наступлению конкретной смерти, и разрабатывают рекомендации (механизмы), которые позволили бы избежать или минимизировать в будущем такие обстоятельства. Содействие корнеров представляет собой «консультацию ассистента», который получил сведения от маршала и докладывает их суду отдельно от представления адвокатами интересов своих доверителей².

В австралийских судах, рассматривающих гражданские споры, наблюдается определенное ослабление контроля за сбором доказательств сторонами. Наиболее ярким примером изменения процедуры в судах Австралии могут служить дела о попечительстве в семейных спорах. Семейные суды — это специальный австралийский суд, занимающийся разрешением споров, связанных с заключением и расторжением брака. В 2002 г. действовавший руководитель суда А. Николсон выступил за введение нового подхода к опеке над детьми. В 2003–2004 гг. судьи изучали европейский опыт рассмотрения этой категории дел, в 2004 г. был запущен пробный проект под названием «Судебная защита прав детей», в соответствии с которым процедура судебного разбирательства должна была строиться по-новому и иметь черты, схожие с процедурой судебного разбирательства в Германии и Франции³. В 2006 г. после принятых поправок этот проект стал обязательным для применения во всех судах по семейным спорам.

Известный как процесс с меньшей состязательностью (далее *LAT* — от англ. *Less Adversarial Trial*), этот процесс ставит в центр судью, в обязанности которого входит определение подлежащих доказыванию обстоятельств по делу, необходимых доказательств, назначение судебных экспертиз⁴. Судьи суда по рассмотрению семейных споров следующим образом отзываются об использовании *LAT*. Суды по рассмотрению семейных споров признали, что существующая процедура, построенная на традиционном понимании принципа состязательности, не всегда позволяет полноценно разрешать семейные споры. Особенно четко это проявляется в спорах с участием детей. Законно установленное обязательство по соблюдению социального благополучия детей является первостепенной задачей, которую необходимо понимать судьям, рассматривающим семейные споры, что требует соответствующего подхода к отправлению правосудия по таким категориям дел. Тот результат, который был получен с принятием модели уменьшенной состязательности, позволяет говорить не только о необходимости легализации этой процессуальной модели, но и о дальнейшем стимулировании отхода судей от использования классической модели состязательности⁵.

¹ См.: Ian Freckleton, *Opening a New Page* // (2010) 83 *Law Institute Journal* 29.

² Hugh Dillon, *The Roles of Counsel in the Coronial Jurisdiction* // (2010) 33 *Australian Bar Review* 293.

³ Gayle Meredith, *The Children's Cases Project: Was it a Success and is it the Way of the Future?* // (2005) 18 *Australian Family Lawyer* 11.

⁴ John Faulks, *Natural Selection — The Potential and Possibility for the Development of Less Adversarial Trials by Reference to the Experience of the Family Court of Australia* // (2010) 35 *University of Western Australia L. Rev.* 185.

⁵ *Truman v. Truman* (2008) 216 FLR 365, 370.

Далее Полная коллегия судей отметила, что с первого дня, когда только возбуждается дело, судья проводит встречу, на которой помогает сторонам определить предмет спора.

На таком своего рода предварительном судебном заседании судья определяет, в каком порядке вопросы будут заданы или разрешены и те доказательства, которые необходимы для разрешения спора.

Судья назначает семейного консультанта, который действует как профессиональный эксперт суда и сторон. Отчасти это отличие от состязательности по прецедентному праву основано на особенностях природы правоотношений по опеке над детьми, которая наряду с законно установленным требованием определяет первостепенный интерес ребенка при рассмотрении этих дел.

Суды общей юрисдикции не продвинулись так далеко, но они также внесли изменения, увеличивающие роль суда в сборе доказательств и подготовке экспертных заключений. Это были существенные изменения традиционных отношений между сторонами и свидетелями. В некоторых судах (юрисдикциях) увеличение роли суда проявлялось в предоставлении им возможности назначать проведение экспертизы¹. Даже если стороны могут выбрать собственных экспертов, они все равно будут находиться под контролем суда, который имеет право определять число экспертов, представленных от каждой из сторон, вопросы, по которым они могут дать пояснения, и порядок (способ), по которому они будут предоставлять доказательства или пояснения.

Викторианское дело *Thomas v. Powercorp*² наглядно показывает, насколько изменился подход к сбору доказательств по делу. По этому делу потерпевшие от лесных пожаров требовали возмещения вреда с энергетической компании, энергетические линии и опоры которой явились причиной пожара. Пока стороны выбирали экспертов, рассматривающий дело судья установил обстоятельства и порядок проведения экспертизы. Так, согласно установленному судьей порядку перед дачей показаний по делу эксперты сторон по делу должны были встретиться без участия дающих указания представителей сторон и установить, по каким вопросам у них есть согласие, а по каким нет. Кроме этого судьей также было установлено, что эксперты перед тем, как дать показания, должны будут принести присягу, опрос экспертов одной стороны будет проходить в присутствии экспертов другой стороны с предоставлением им возможности комментировать показания друг друга. Известная в народе поговорка «вариться в одном котле» и есть тот процессуальный прием, который все активнее применяется австралийскими судами.

Еще одним проявлением изменения роли судьи в процессе сбора доказательств является опрос судьей в начале судебного заседания одновременно всех экспертов, для того чтобы выяснить степень согласия и несогласия между ними. Судья определяет восемь вопросов, на которые должны быть получены ответы. После этого стороны по очереди начинают допрос свидетелей. Далее свидетелям предоставляется возможность дать пояснения по вопросам, которые не были освещены ими.

¹ В Южной Австралии, например, мировой суд использует судебных экспертов в четко определенных видах дел. См.: Courts Administration Authority, *Annual Report 2010–2011*, 28.

² (2010) VSC 489; (2011) VSC 502.

По делу *Thomas v. Powercorp* рассматривающий дело судья также исключил возможность получить экспертам какие-либо рекомендации адвокатов. («Я принял такое решение, руководствуясь тем, чтобы привлеченные эксперты имели возможность обсудить между собой вопросы во время судебного заседания. По моему мнению, это позволяет достигнуть согласия и, что более важно, исключает возможность профессиональным представителям сторон что-либо навязывать или давать какие-либо советы свидетелям во время судебного разбирательства»¹).

Эти изменения в контроле над получением и предоставлением доказательств по делу — только малая часть изменений роли судьи и его полномочий в досудебной процедуре, что предопределяет соответствующие изменения непосредственно в судебном разбирательстве.

Изменение роли судьи в судебном делопроизводстве

Традиционно по прецедентному праву существует резкое различие между досудебной и судебной процедурами. Различие строится по непрерывности судебного разбирательства как связанного действия, имеющего конечный результат. Это легко позволяет определить результат досудебной и судебной процедур. Как уже отмечалось, роль судьи сводилась к определению и обеспечению надлежащего порядка предоставления доказательств, разъяснению надлежащим образом судебным заседателям их прав и обязанностей.

Внедрение системы делопроизводства в 1980-х гг. не было попыткой принять европейские процессуальные принципы, однако некоторые расценивали это как «наиболее яркий пример сближения»² прецедентного права и континентального романо-германского права. В самом начале становления системы делопроизводства Артур фон Мерен отметил, что процессуальные системы Германии и США претерпевают изменения: усилия этих двух систем в решении общих проблем, связанных с задержкой процедуры отправления правосудия, привели их к соединению в интересную модель. В обеих системах, во-первых, уменьшилась значимость в различиях между досудебными и судебными процедурами; во-вторых, возросла степень участия судей в процессе; в-третьих, эти изменения привели к необходимости решения общих вопросов по определению баланса между эффективностью и справедливостью³.

Нет никаких сомнений в том, что судьи всегда имели возможность управлять судебным процессом, но в основном по вопросам последовательности судебных действий. К примеру, судьи уже давно имеют право определять круг подлежащих обсуждению вопросов и доказыванию обстоятельств для различных категорий дел; объединять вопросы; они могут определять круг вопросов, необходимых для рассмотрения дела. За последние 20 лет в некоторых судах увеличились полномочия судей по руководству процессом: право определять форму допустимых доказательств (письменных, а не устных) и, как было представлено выше, право проведения экспертиз.

¹ (2011) VSC 502, [15].

² Scott Dodson, James Klebba, *Global Civil Procedure Trends in the Twenty-first Century* // (2011) 34 *Boston College International and Comparative L. Rev.*, 1, 14.

³ Arthur von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules* // (1988) 63 *Notre Dame L. Rev.* 609, 623.

В течение более чем 10 лет отмечается значительное увеличение числа правил, регулирующих порядок судебного разбирательства. Несмотря на то, что большинство из них касаются общих вопросов полномочий суда или вопросов юрисдикции, эти судебные правила делают более четкими границы, в которых судья может действовать.

Проиллюстрируем это на примерах.

Южная Австралия

В Южной Австралии правила 1986 г. отражают сложившийся подход к судебному процессу, где судье предоставлены весьма ограниченные полномочия по руководству судебным процессом.

Правило 75.02 (SA) устанавливает:

согласно данному правилу суд может в любое время или время от времени на любой стадии судебного разбирательства:

задавать вопросы о фактических обстоятельствах дела;

(а) эти вопросы о фактических обстоятельствах дела могут ставиться на обсуждение на разных стадиях судебного разбирательства:

судебному заседанию предшествует рассмотрение вопросов о фактических обстоятельствах дела;

(б) определять последовательность вынесения на обсуждение вопросов:

согласно положениям закона вопросы, касающиеся фактических обстоятельств, могут быть вынесены перед судебным заседанием;

(в) любой правовой вопрос, возникающий на предварительной процедуре разрешения дела, должен быть разрешен перед переходом к судебному разбирательству, судья может назначить место или места такого разбирательства.

В добавление к этим основным положениям правило 55.12 дает право суду ограничить число экспертов или круг подлежащих установлению обстоятельств.

Следующим существенным изменением явилось принятие нового Гражданского процессуального кодекса 2006 г. По сравнению с предыдущим законом новый Кодекс существенно расширяет полномочия судей.

Правило R117.02 устанавливает право...

(г) требовать от сторон излагать вопрос определенным образом.

Например:

в случае, когда имеется большое количество вопросов на разрешение суда, суд может требовать подготовку расписания в табличной форме с перечислением каждой группы вопросов, определяемых судом, утверждения истца и ответчика по каждому пункту (например, так называемая Таблица спора используется в разрешении дел, связанных со строительством);

(д) требовать подготовку сторонами совместно или раздельно заявления по отдельным спорным вопросам для пользования судом;

(ж) требовать от каждой стороны предоставить суду показания, заверенные свидетелями, которые стороны будут приводить во время рассмотрения дела, с указанием на то, какие доказательства по делу и какие сведения могут быть представлены конкретным свидетелем;

(з) требовать принесения сторонами в суд заявления с указанием документов, которые они планируют представить на судебное заседание;

(и) устанавливать форму доказательств по делу, которые будут приняты судом;

(к) в обход правил о предоставлении доказательств определить вопросы или круг вопросов, которые не требуют доказывания;

(л) определить время и место судебного заседания.

Более того, правило 209 «Власть суда по контролю над судебным заседанием» содержит подробные положения по делопроизводству:

(1) Суд имеет право давать указания по вопросам:

(а) подлежащих доказыванию обстоятельств;

(б) характера необходимых доказательств для рассмотрения дела;

(в) способов предоставления доказательств в суд;

(г) установления числа свидетелей или достаточности доказательств, которые стороны могут представить по конкретному вопросу.

(2) Суд имеет право в любое время:

(а) установить предельное время судебного разбирательства или рассмотрения какого-то вопроса;

(б) изменять такие сроки.

Например:

1. Суд может устанавливать предельное время допроса свидетеля, перекрестного допроса (допроса другой стороной) свидетеля или его повторного допроса.

2. Суд может установить предельное время изложения сторонами своих доводов или устного выступления.

3. При принятии решения суд должен определить способ реализации своих полномочий в соответствии с требованиями закона:

(а) а именно должен учитывать:

(i) необходимость обеспечения оперативного и недорогого правосудия;

(ii) необходимость обеспечения каждой стороне адекватных возможностей для предоставления своих доводов;

(iii) необходимость предотвращения злоупотребления судебной системой по несвоевременному рассмотрению дела или иных скрытых целей;

(б) иные соответствующие соображения.

4. Суд может исключать из материалов дела доказательства по своему усмотрению.

Штат Виктория

После работы Викторианской правовой комиссии штатом Виктория был принят новый гражданский процессуальный закон. Часть 4.2 Гражданского процессуального кодекса 2010 г. имеет такие же положения по степени влияния и участия судьи, как и в Южной Австралии:

§ 49. Полномочия суда по установлению порядка судебных процедур и руководству разбирательства дела:

(1) В дополнение к любым другим полномочиям суд может давать любые поручения или делать любые указания, которые он считает способствующими рассмотрению дела и способствующими руководству судебным слушанием в соответствии с гражданско-процессуальной процедурой.

(2) В соответствии с инструкцией, установленной п. 1, суд может давать указания в любое время:

(а) до начала судебного разбирательства;

(б) во время судебного разбирательства.

(3) Без всяких ограничений суд может давать любые указания или предъявлять любые требования, если он сочтет необходимым, по вопросам:

- (а) порядка предоставления доказательств и того, кем они будут предоставляться;
- (б) определения фактов, которые будет исследовать (как определение подлежащих доказыванию обстоятельств);
- (в) определения предельного времени рассмотрения дела, включая время предоставления сторонами своих доводов;
- (г) в отношении свидетелей;
- (i) установление предельного времени для допроса перекрестного и повторного свидетелей;
- (ii) не допускать перекрестного допроса отдельных свидетелей;
- (iii) определение предельного числа свидетелей, экспертов, которых стороны могут пригласить;
- (д) определение круга вопросов и обстоятельств, по которым могут быть допрошены свидетели в перекрестном режиме;
- (ж) ограничение продолжительности устных и письменных заявлений;
- (з) определение числа подготавливаемых документов или того, что стороны могут предлагать в качестве доказательств;
- (и) подготовка сторонами согласованного пакета документов для судебного разбирательства или перечня деловых и иных документов;
- (к) место, время и форма судебного разбирательства;
- (л) доказательства, которые возможно предоставить в устной форме, путем предоставления заверенных показаний свидетелей или их пояснений;
- (м) судебные расходы, в том числе в пропорциональном выражении, сторон по делу;
- (н) любые другие вопросы, определенные правилами суда.

Федеральный суд

С августа 2011 г. начали работать новые правила Федерального суда Австралии, отражая изменения, внесенные в 2009 г. в Федеральный закон о судах Австралии 1976 г., который устанавливает полномочия суда по руководству процессом. Положение 5.04 более системным образом объединяет вопросы, связанные с полномочиями суда по определению порядка судебного заседания. Это включает в себя в том числе вопросы обеспечения управления судебным разбирательством:

20. Представление доказательств на судебное разбирательство, включая свидетельские, которые в основном должны представляться устно или письменно, или обоими вариантами.

21. Подача и обмен подписанными заверениями по обстоятельствам и список свидетелей с указанием на обстоятельства, которые они могут подтвердить.

22. Число вызываемых свидетелей.

23. Доказательства или отдельный факт, или факты, которые будут представлены на судебное заседание:

- (а) приведение информации и убеждений под присягой или
- (б) изготовление документов или внесение записей;
- (в) копии документов или записей;
- (г) другое.

24. Форма представления письменных доказательств на судебное заседание.

25. Количество представленных доказательств.

Новые положения этих трех юрисдикций предоставляют суду полномочия по определению числа свидетелей, установлению момента представления доказательств, утверждению и предложению формы доказательств и их достаточности для установления обстоятельства дела. Это не означает, что суд не имел таких полномочий прежде. Вместе с тем остается фактом, что изменение законов позволило суду более осознанно осуществлять управление судебным разбирательством. Данные изменения — это то, что можно называть упорядочиванием полномочий по определению порядка, в котором будут рассматриваться дела, и определению вопросов, подлежащих рассмотрению на предварительном судебном заседании, и т.д.

Расширение полномочий судьи в судебном разбирательстве отражает рост ответственности судей в австралийском гражданском процессе. Несмотря на расширение полномочий, последнее не означает, что судьи обязательно будут использовать все предоставленные им полномочия. Множество судей, имея полномочия, часто не используют их. В настоящее время нет комплексного исследования степени использования судьями своих полномочий. Каково влияние расширенных полномочий судей на изменение их роли в судебном процессе, может быть установлено посредством изучения конкретных дел.

Дж. Хейбон, возможно, один из самых консервативных действующих судей Высшего суда Австралии, в 2001 г. определил новый путь ведения судебного разбирательства: «Прочтение стенограммы показывает, что судья не собирався на всех этапах судебного разбирательства оставаться безучастным, позволив сторонам самостоятельно руководить процессом. Его методика является общераспространенной и заключается в недопустимости оказания давления на загруженный работой суд»¹.

Похожие примеры нового подхода руководства судебным разбирательством можно встретить и в других судах.

В деле *Tovey v. Rezek (No. 3)* прокурор в интересах отца по делу установления опеки над ребенком заявил о намерении ходатайствовать о большем числе свидетелей. Судья первой инстанции (магистрат) отклонил ходатайство по неясным основаниям:

11. Принимая во внимание современное делопроизводство, такие его элементы, как правила подачи документов, правила поведения на судебном разбирательстве, действующий порядок вызова свидетелей не является состоятельным. Действительно, заявление, сделанное по семейным делам адвоката мистера Тодди, проигнорировало (в нарушение): а) практику суда, установленную Федеральным законом о судах магистров от 1999 г.; б) требования, установленные Федеральным законом о судах магистров 2001 г.; в) в нескольких случаях решения Верховного суда по делам «АОН-компания по управлению рисками Австралии против Австралийского национального университета», где помимо всего прочего четко определило, что услуги, предоставляемые судом, являются публичным ресурсом, который должен быть использован максимально эффективно.

12. Это подчеркивает несоответствие или полное противоречие доводов адвоката мистера Тоби современному делопроизводству и практике суда. Стороны по делу имели почти максимальное количество времени из обычно предоставляемого этим

¹ *Budd v. Kambah Tea Tree Plantations Pty Ltd* [2001]NSWCA 180, [103].

судом. Приведение ими доказательств занимало пять дней, а общее время, отведенное для судебного разбирательства, составляло семь дней¹.

Импульсом к этому явились длинные и сложные дела, рассмотрение которых занимало непропорционально много времени. Судебные разбирательства заставили направить судебную систему на увеличение роли судьи в судебном разбирательстве. В деле С7² с участием одной из крупнейшей мультимедийных компаний Австралии по спорам, связанным с правами на трансляцию спортивных событий, на сумму примерно в 200 млн долл., судебное заседание в Федеральном суде Австралии длилось в общей сложности 120 дней. Несмотря на успешную укорениться систему делопроизводства в федеральных судах, рассматривавший дело судья не был удовлетворен своими возможностями по управлению делом. Решение этого судьи составляет более 500 тыс. страниц письменных доказательств по делу и более 1 тыс. страниц письменных пояснений сторон. Конечное решение насчитывало более 5 тыс. страниц.

Судья Саквилл впоследствии отмечал, что для эффективного судопроизводства суду необходимо склонять стороны к сотрудничеству. Если этого нет или стороны не желают сотрудничать, то суду необходимо искать более решительные («вторженческие») методы отправления правосудия. В своей речи он сказал: «Если суды не могут осуществлять воздействие на процесс судебного разбирательства по крупным делам, то судебную систему необходимо менять. Очевидно, суду необходимо принимать более решительную и интервенционную стратегию на стадии досудебного разбирательства. Суд также должен демонстрировать готовность к осуществлению строгого контроля над сторонами и их законными представителями при проведении самого судебного процесса».

Несмотря на встречающееся одобрение жесткого подхода к увеличению степени участия судьи в процессе, следует отметить необходимость увеличения таких полномочий по большим судебным делам, что в свою очередь приведет к изменению действующих принципов и правил. Кроме этого суды должны иметь в своем распоряжении инструментарий воздействия на процесс и демонстрировать намерение использовать его³.

Заключение

Таким образом, вышепредставленное доказывает, что австралийское процессуальное право продолжает отступать от традиций прецедентного права. Примером тому является изменение роли суда в сборе доказательств и степени участия судьи в судебном разбирательстве. При этом наблюдается рецепция процессуальных принципов других правовых систем. Повышение роли судьи характеризует развитие всей системы гражданско-процессуального права Австралии. Применительно к Австралии представляется актуальным изучение вопроса об адекватности гарантий и механизмов в новых условиях. Процессуальные системы, в которых судьи уже давно выполняют функцию сбора доказательств по делу и руководству судебным заседанием, могут служить ориентиром в этом вопросе.

¹ [2011]FMCAfam 1336.

² *Seven Network Ltd v. News Ltd* (2007) FCA 1062.

³ Ronald Sackville, *Mega-litigation: Towards a New Approach*, *Speech to Supreme Court of New South Wales Judges Conference, Augsut 2007* // http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/judges_papers/speeches_sackvillej1.html

Тереза Вамбьер (*Teresa Wambier*)¹**БРАЗИЛЬСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД****БРАЗИЛЬСКИЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС:
МЕЖДУ ОБЩИМ И ЧАСТНЫМ ПРАВОМ²****1. Краткий исторический обзор
бразильского гражданского процесса**

Правовая история Бразилии подразделяется на два периода: до и после обретения независимости. Бразилия была колонией Португалии. Первоначально действовали три ордонанса, которые считались бразильским правом, но фактически были правом португальским. Афонсинский ордонанс (1446), изданный в эпоху открытия Бразилии, Мануэльский (1521) и Филиппинский ордонансы (1603). Первый Ордонанс фактически являлся сводом (сборником), разделенным на пять книг. Третий состоял из 128 статей и был полностью посвящен гражданскому процессуальному праву. Афонсинский ордонанс действовал до 1521 г., когда на смену ему пришел Мануэльский ордонанс, несущественно отличавшийся от других. Возможно, его принятие связано с усилением власти короля и с тем, что он лучше отражал интересы королевской семьи. Затем были приняты Филиппинские законы, которые содержали новеллы в гражданское процессуальное право. Такие как, к примеру, письменные процессуальные акты и созданные акты — привилегии³. После провозглашения независимости Бразилией в 1822 г. в 1824 г. была принята конституция, в которой разделение властей не было четко проведено. Существовала неопределенность в правовой, административной, налоговой и военной отраслях. В 1832 г. был принят уголовно-процессуальный кодекс, который содержал предварительные гражданско-процессуальные положения. В 1850 г. были приняты два кодекса: Торговый и 737-й регламент, последний стал значимым документом до принятия Гражданского процессуального кодекса 1939 г. Согласно Конституции 1891 г. каждый бразильский штат вправе был принимать гражданско-процессуальный кодекс, и некоторые из них стали очень важными. Как бы то ни было, Конституция 1934 г. установила, что только центральная власть вправе издавать законы, имеющие сферой регулирования гражданский процесс. Это в свою очередь породило необходимость создания нового национального гражданского процессуального кодекса, и правительством были определены группы ученых, заданием которых было написать законопроект нового Кодекса⁴. Этот новый Кодекс, по сути, имел новую часть, но также имел и чрезмерные заимствования из старого луизианского права, которое было признано

¹ Профессор Папского католического университета Сан-Паулу (*Pontifical Catholic University of São Paulo*) (Бразилия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен Г. Сотниковым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. I, p. 15.

⁴ Ada Pellegrini Grinover et al, *Teoria Geral do Processo*, 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 107.

неприемлемым¹. Позже другая группа юристов², возглавляемая Альфредом Бузайдом, представила другой законопроект, который в 1973 г. стал Гражданским процессуальным кодексом. После внесения новых изменений³ в основу гражданского процессуального права была положена идея Тулия Либмана. Гражданский процесс не должен быть чрезмерно формализованным. Формальности должны являться выражением надлежащей правовой процедуры, поэтому к ним необходимо относиться серьезно⁴. Позже были внесены многие важнейшие дополнения. Эти дополнения и изменения были внесены демократическим путем (по предложению комиссии, составленной из правоведов, юристов, работников прокуратуры и практикующих адвокатов). Главной целью этих поправок и изменений было и является повышение эффективности и ускорение гражданского процесса. Как известно, гражданский процесс не только в Бразилии, но также в Германии или Италии, Испании или Португалии представляет собой жесткую и формализованную систему.

2. Классификация гражданских процессуальных систем. Место бразильского гражданского процесса

Бразильские кодексы и законы созданы с презумпцией того, что они могут быть всеобъемлющими и абсолютно ясными. Судебные решения выносятся в строгом соответствии с правилами и принципами, и они всегда обоснованы. И это, безусловно, типичная характеристика правовой системы, относящейся к романо-германской правовой семье. Как бы то ни было в глобализованном мире эта определенность, а также другие аспекты в некоторых областях имеют тенденцию к исчезновению. Я все-таки смею утверждать, что классификация по видам существующих правовых систем на романо-германскую и систему общего права до сих пор играет существенную роль относительно прецедентов, имеющих обязательную силу. Но что касается гражданского процесса, то думается, что сегодня эта классификация утратила свое значение⁵. Это означает, что бразильская процессуальная система имеет некоторые характеристики, которые в известной мере могут быть признаны типичными для системы общего права. Вместе с тем она сохраняет определенные черты, которые могут быть отнесены к системе континентального (статутного) права. Мы раскроем некоторые аспекты, освещая вопрос 4. На самом деле мы не можем сказать, что имеем уникальную процессуальную систему. Но я утверждаю, что мы имеем процессуальную систему, испытывавшую на себе влияние многих других систем, по большей части итальянской, германской и североамериканской. Тем не менее в последние 15 лет в бразильском гражданском процессе появилась видимая тенденция — придание судьям и судам новой активной роли, что идет вразрез с традицией континентальной правовой семьи.

¹ Humberto Theodoro Júnior, *cit.*, p. 17.

² José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães и Luís Antônio de Andrade.

³ <http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>

⁴ Cândido Rangel Dinamarco, *Liebman e a cultura processual brasileira // Estudos em homenagem à Professoressa Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005.

⁵ Christoph Kern, Rolf Stürner, *Comparative Civil Procedure: Fundamental and Recent Trends // Melanges en l'honneur de Halûk Konuralp*, Anraka, Turquie, 2009, p. 997–1029.

3. Основные черты бразильского гражданского процесса

3.1. Признаки англосаксонской системы права

3.1.1. *Amicus curiae*

*Amicus curiae*¹ также известно как *Brandies-Brief* в том смысле, что это подразумевает наличие третьей стороны, которая может вступить в определенный вид процесса в определенное время с целью предоставить суду важную информацию, относящуюся к делу, находящемуся в производстве, или обоснованный спор, который все в большей мере становится общепризнанным. Третьей стороной по делу может быть, например, профессиональная ассоциация (докторов), предметом которой является медицинский патент. Международная ассоциация воздушного транспорта участвует в качестве третьей стороны по делам о возмещении морального вреда об утере багажа. Административный совет по экономической защите, уполномоченный осуществлять надзор и управление в делах по злоупотреблению хозяйственной властью, участвует во всех делах, иски по которым основаны на указанных обстоятельствах. В настоящее время статутное право подразумевает возможность участия в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельного требования, только в специально оговоренных случаях, таких как жалобы в Верховный федеральный трибунал. Вид интереса, который удостоверяет возможность участия в процессе в качестве третьей стороны, отличен от интереса одной из сторон или обычной стороны, на интересы которой может косвенно повлиять судебный акт (и по этой причине она имеет право подать исковое заявление, хотя не является ни истцом, ни ответчиком по делу). Можно сказать, что это институциональный интерес, основанный на предписании закона². *Amicus curiae* не предназначено для истребования чего-либо от суда, напротив, оно направлено на оказание влияния путем запроса информации, а также указанием на различные точки зрения в споре, что помогает судье решить правовой спор. По бразильским законам участие в качестве *amicus curiae* имеет место, когда одна или обе стороны ходатайствуют об этом или когда судья сочтет это необходимым³. Судебное решение не подлежит обжалованию вследствие наличия в этом ходатайстве публичного интереса⁴. *Amicus curiae* в известной мере представляет общество или как минимум одну или несколько социальных групп или юристов и выражение их мнения может позволить судье посмотреть на спор под другим углом зрения, что делает судебное разбирательство более демократичным⁵. Тем не менее он не имеет право на обжалование⁶. В то же время проект нового гражданского процессуального закона содержит диспозитив-

¹ Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no processo civil. Um terceiro enigmático*, São Paulo, Saraiva, 2006.

² Eduardo Cambi, Kleber Ricardo Damasceno, *Amicus curiae e o processo coletivo uma proposta democrática* // *Revista de Processo*, vol. 192, São Paulo, Revista dos Tribunais, feb/2011, p. 19.

³ Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, *Amicus Curiae: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdiccional*, Curitiba, Editora Juruá, 2007, p. 136.

⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁵ Gustavo Binenbojm, *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual* // *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, No. 1 jan/fev/mar 2005 Salvador, Bahia. p. 10. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf> (последнее посещение: 5 июля 2011 г.).

⁶ ADI 2.591-ED/DF, Rel. Min. Eros Grau. Доступно в Интернете по адресу: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435156>

ное положение, позволяющее судье одобрять или применять существование *amicus curiae*, даже *ex officio*, в любой стадии процесса и по любой категории дел.

Отмечается тенденция на предоставление более важной роли прецедентному праву. Кодексы и статутное право не могут учесть, как традиционно считалось, все возможные причины и каждую возможную ситуацию, имеющую место в реальной жизни. В континентально-правовых юрисдикциях существуют различные механизмы, которые предназначены для реформирования статутного права, в котором необходимы изменения и даже регулирование направления судебной практики, в ситуациях, прямо не предусмотренных статутным правом и кодексами. Этими механизмами являются использование неопределенности или расплывчатых формулировок, общие оговорки и, наконец, использование правовых принципов для юридического обоснования.

3.1.2. Правовые принципы

Сегодня в странах континентального права общепринятым является тот факт, что правовые принципы — это нормы в широком смысле слова как их вид, даже если они не являются частью статутного права. Иными словами, они входят в систему, элементами которой являются собственно статутное право, правовая доктрина и прецедентное право. Они сформулированы устно, преднамеренно абстрактным образом и обязательно связаны с ценностной сферой. То есть принципы могут рассматриваться как правовое выражение общественных ценностей. В прошлом правовые принципы почти полностью игнорировались. Я смею обобщить и предположить, что несколько десятилетий назад правовые принципы были провозглашаемы юристами, но всерьез не воспринимались. Мне думается, что усложненность и недостаток стабильности современных обществ показали, что позитивное право (статутное или прецедентное право) доказало свою неспособность решать проблемы. Это одна из важнейших причин, по которой юристы, как правило, из стран континентальной правовой семьи, обратили внимание на некоторые элементы, в частности, на такие, как правовые принципы, включили их, возможно, навсегда в качестве важнейшей составляющей правовой базы. Бесполезно обсуждать происхождение этих норм. Тем не менее они могут быть признаны продуктами культуры. Даже в странах континентального права признается необязательным закрепление правового принципа в кодексе или в правовом акте, хотя в настоящее время они закреплены. В любом случае они являются преднамеренно неконкретизированными нормами, иногда содержащими указания по толкованию, а иногда и самостоятельно применяемыми, главным образом когда ситуация подробно неурегулирована законодательством. Некоторые авторы, которые опираются на вынесение судебного решения, основанного на правовых принципах, пишут, что когда правовые конструкции создаются путем выработки основополагающих принципов и придания им конкретного содержания в серии прецедентно образующих судебных решений, кажется надуманным или даже ненужным проводить грань между разъяснительными и правообразующими прецедентами¹. Как пример, бразильское статутное право определяет права разведенных

¹ Zenon Bamkowski, Neil MacCormick, Lech Morawski, Alfonso Ruiz Miguel, *Rationales for Precedent, Interpreting Precedents, A Comparative Study* / Ed. by Neil MacCormick and Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company Ltd, Ashgate Publishing limited, Gover House, p. 485.

родителей на посещение своих детей, но оставляет без внимания бабушек и дедушек, навещающих своих внуков, родители которых разведены. Как бы то ни было, суды считают, что бабушка не может быть лишена возможности своим сыном или его женой навещать внука, кроме как при наличии серьезных оснований для этого. Иное бы означало нарушение родительских прав¹.

3.1.3. Концепция правовой неопределенности

Концепция правовой неопределенности в наше время сама по себе признается действенным правовым средством, главным образом потому, что она позволяет судьям приспосабливать статутное право к конкретным фактическим обстоятельствам и продливать жизнь статутного права. «В течение двадцатого века было общепринятым, даже модным, для законодательной власти издавать неформализованные положения, которые требовали прямого их применения судами (или арбитрами) даже в пределах священной отрасли договорного права»². Это означает, что юридический текст, содержащий правовую неопределенность, может порождать разнообразные судебные решения на протяжении долгого времени, потому что, например, *bonus pater familiae*, имеющий определенное значение сегодня, сотни лет назад имел другое значение. Безусловно, личные мнения судей будут влиять на выносимые ими решения. Но тем не менее предполагается, что обоснованность судебного решения будет нейтрализовать его субъективность. Хорошим примером является концепция неправомерного условия. Суды указывают, что условие договора медицинского страхования на случай болезни, которое ограничивает срок госпитализации, — неправомерно³. Другой пример: если договор медицинского страхования распространяется на конкретное заболевание, то условие, ограничивающее виды лечения этой болезни, признается недействительным. Итак, если договор предусматривает лечение рака, то все способы лечения этой болезни должны быть указаны и включены, тогда как условие, устанавливающее, что химиотерапия, например, не включена, является ничтожным и недействительным⁴.

3.1.4. Общие условия

Общее условие⁵ является более сложным образованием, чем просто правовая неурегулированность, хотя оба они принадлежат одной семье. Данное понятие содержит правовую неопределенность, но не только ее. В качестве полезного примера для объяснения названного явления можно привести общественную

¹ RT 205/528.

² Neil Andrews, *Judicial Discretion in Common Law Jurisdictions, England, Australia, Canada and the USA // Discretionary Power of the Judge: Limits and Control* / Eds. Marcel Storme and Burkhard Hess, Mechelen, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 188.

³ REsp. 158.728 — RJ (97/90585-3) — (4.765), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17/may/1999. Доступно в Интернете по адресу: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=158728+&b=ACOR

⁴ REsp. 668.216 — SP (2004-0099909-0), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/março/2007. Доступно в Интернете по адресу: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400999090&dt_publicacao=02/04/2007

⁵ Alberto Gosson Jorge Junior, *Clausulas Gerais no novo Código Civil* (LGL\2002\400), São Paulo: Saraiva, 2004; Ruy Alves Henriques Filho, *As clausulas gerais no processo civil // Revista de Processo*, vol. 155, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008; Fabiano Menke, *A interpretação das clausulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos // Revista da Ajuris*, No. 103, Porto Alegre, Ajuris, 2006, p. 79.

функцию собственности (ст. 1228 § 1 Гражданского кодекса Бразилии). Статья 1228 Кодекса гласит, что право собственности больше не понимается как абсолютное право, оно предназначено для достижения благосостояния всего общества. Это четкое определение, сформированное посредством концепции правовой неурегулированности, которая включает в себя правовые принципы, содержащиеся предписания для их применения в других нормах. Последнее по своему содержанию (по своему смыслу) важнее, чем иные положения, хотя само по себе и не закреплено. Не существует нормы, провозглашающей общее условие более важным, чем другие положения, но фактически оно является таковым. Общее условие — это формулировка наиболее обобщенной юридической мысли, которая способствует единству системы и может быть применена к различным фактическим обстоятельствам (термины преднамеренно абстрагированы) и также для будущего. Общие условия должны основываться на судебных решениях. В этом смысле судьи творят право даже в континентальной правовой системе¹. Это фактически может привести к созданию судебного права, с тем условием, что прецедент может быть признан существующим только после вынесения решения. Это не всегда прямо признается бразильскими правоведами и судьями. Только формально можно говорить о том, что в этих случаях статутное право толкуется судьями. Особое внимание стоит обратить на прецеденты, производные от обобщенных норм законов. Как может быть замечено, в этом проявляется сближение континентального и общего права. Общие условия увеличивают или делают более важной роль общего права в праве статутном². И в этом смысле также можно предположить, что мы сталкиваемся с правом, основанным на прецедентах, которые способны стать базой для будущих дел³. «Судья и законодатель взаимно дополняют друг друга. Законодатель устанавливает (в некоторых случаях. — Т.В.) общие правила, а судьи конкретизируют принципы»⁴. Применительно к этому интересна следующая цитата: «В более чем 70% случаев спор о беспристрастности возникает при применении общих условий, предусмотренных законами или кодексами. Концепция соединяет идеи, выраженные в правилах, и расширительным толкованием о правосудии в обществе. Этот подход порывает с классическим правовым позитивизмом и требует большего осуществления правосудия. Ответственность за это должна лежать на комментаторах правовой доктрины, анализирующих судебную практику. Посредством их комментирования это получит широкое распространение в юридическом сообществе в целом»⁵. В одном из своих решений Высший трибунал юстиции указал, что не возникло обязанности по возмещению убытков в результате использования участка земли, где собственник выращивал наркотические растения. Указывалось, что данный земельный участок не исполняет общественной функции (социальная функция собственности)⁶.

¹ Fredie Didier Junior, *Cláusulas Gerais Processuais* // *Revista de Processo*, vol. 187, sep/2010, p. 70.

² *Ibid.*, p. 71.

³ Judith Martins-Costa, *O direito privado como um «sistema em construção»*. *As cláusulas gerais no projeto do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro* // *Revista de Informação Legislativa*, No. 139, Brasília, Senado, 1998, p. 10–11.

⁴ John Bell, *Judiciaries Within Europe, Cambridge Studies // International and Comparative Law, CSICL*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 145.

⁵ *Ibid.*, p. 143.

⁶ REsp. 498.742 — PE (2003/0017278-8), rel. Min. José Delgado, j. 16/setembro/2003.

Обычно решения, основанные на таких гибких принципах, могут отличаться друг от друга, поскольку в их основу положены субъективные толкования. Таким образом, как раз поэтому отношение к прецеденту должно быть важным именно в области создания предсказуемости и единообразия. Следовательно, прецедентное право, имеющее столь нечеткие критерии, должно быть приведено в соответствие со стандартом, с тем чтобы не подвергать риску норму права. Следовательно, не обязательно, чтобы только один (и первый) прецедент должен быть образующим, а единообразная совокупность решений трибуналов должна направлять деятельность органов судебной системы. Мы все согласны с тем фактом, что если этого не произойдет, единообразие, предсказуемость, содержательность, стабильность и равенство могут быть существенно нарушены, поэтому статутное право в настоящее время содержит положения, которые оказывают существенное давление судей на соблюдение прецедентов. Сорок пятая поправка к Конституции предусмотрела создание *súmula vinculante*. *Sumula vinculante* не является в полной мере прецедентом. Фактически это устная формулировка *quaestio juris* (и его решение), изданных после ряда единообразных решений, вынесенных по той же категории дел. Согласно этому *súmula vinculante* может быть издана Верховным федеральным трибуналом в следующих случаях: по конституционным вопросам; если ранее по этому вопросу Верховным федеральным трибуналом были вынесены несколько решений; если существует несогласованность между различными судебными органами; если данный вопрос является причиной увеличения количества подаваемых исков. Эти четыре условия удовлетворяются некоторыми требованиями. Высший федеральный трибунал может сформулировать *súmula vinculante*, которая может быть пересмотрена тем же судом. Одной из важнейших целей данного инструмента является обеспечение единообразия решений дел исходя из их содержания¹. Я считаю, что должно пройти определенное время для того, чтобы так стало, в итоге это приведет к действительной стабильности и будет обязательным для судебной и исполнительной властей. Верховный федеральный суд, исполняя некоторые предписания, уполномочен статутным правом отменить их. До настоящего момента существует 31 *sumulas vinculantes*.

3.1.5. Групповые иски

Наши групповые иски являются достаточно разработанной сферой гражданского процесса². В настоящее время мы имеем довольно разветвленную систему групповых исков. Наше законодательство по большей части детально регулирует

¹ Elizabeth Cristina Campos Martins Freitas, *A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito* // *Revista de Processo*, vol. 116, jul/2004, p. 181.

² Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995; Eiusdem, *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta* // *Revista de Processo*, vol. 108, 2002; José Carlos Barbosa Moreira, *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988* // *Revista de Processo*, vol. 61, jan–mar/1991; Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005; Eiusdem, *Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, *Revista Forense*, No. 361, São Paulo, Forense, 2002; Eiusdem, *Ações Coletivas para a Tutela do Meio Ambiente e dos Consumidores – a Lei 7.347, de 24.7.85* // *Revista de Processo*, vol. 44, ano 11, out–dez/1986; Luis Manoel Gomes Junior, *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2. ed., São Paulo, SRS Editora, 2008; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 24. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

ет виды защищаемых прав *res judicata*¹, *lis pendens*², а также важнейшие аспекты их рассмотрения. Групповой иск может рассматриваться как мощное средство для обеспечения доступа к правосудию и преодолению властного дисбаланса между компаниями и государственными органами. Групповые иски — средство разрешения споров по поводу прав и обязанностей группы лиц, каждое из которых специально или особым образом не заявлено, и в случае когда иски от разных истцов имеют общий предмет³. Какие черты существенно отличают групповые иски от индивидуальных исков? Главным образом два аспекта: процессуальная правоспособность и *res judicata*. Правила процессуальной правоспособности и *res judicata* являются двумя сторонами одной медали. Групповой иск подается представителем истцов (коллективная процессуальная правоспособность) без выражения согласия всех представляемых лиц и результат подачи иска должен распространяться на всех соистцов. В Бразилии групповые иски могут быть поданы только лицами, определенными законом: общественными союзами, ассоциациями, работниками генеральной прокуратуры и т.д. Судьи не имеют права оценивать достаточность представительства в каждом отдельном случае, как это делается в США. В правовом режиме *res judicata* есть определенная специфика. Согласно специальным правилам *res judicata* групповые иски в Бразилии не связывают лиц, не участвующих в деле, если судебное решение не отвечает их интересам. Кроме того обязательность судебного решения отсутствует, если в групповом иске отказано по причине недостаточности доказательств. Аналогичный иск может быть подан заново, если необходимое доказательство было найдено и представлено. Мы говорим об общих правах, коллективных правах, индивидуальных правах общего происхождения. Эти три типа прав соотносятся с тремя видами исков. Каждый с несколько отличающейся процедурой и пределами рассмотрения дела. Общее право⁴ принадлежит неопределенному кругу лиц, ранее не связанных между собой, а объединенных

¹ Латинское наименование для «присужденной вещи» означающее, что данный спор между теми же сторонами был уже разрешен другим судом. Таким образом, суд обязан отказать в рассмотрении этого ходатайства ввиду его нецелесообразности. Пример: суд штата Огайо установил, что Джонн — отец ребенка Бетти. Джон не может оспорить данный факт в суде другого штата. В некоторых случаях называется «установленное обстоятельство» (<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1825> access 04/07/2011).

² Латинское выражение, означающее «ходатайство, поданное в процессе рассмотрения дела», а именно письменное ходатайство о том, что предметом поданного иска является обладание недвижимостью или иной юридический интерес, связанный с недвижимостью (<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1172> access 04/07/2011).

³ Eduardo Cambi, Kleber Damasceno, *cit.*, p. 24.

⁴ Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 51, nota 163; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 24. ed., São Paulo, Saraiva, 2011; Pericles Prade, *Conceito de interesses difusos*, 2. ed, São Paulo, RT, 1987, p. 57–58; Rodolfo de Camargo Mancuso, *O município enquanto co-legitimado para a tutela de interesses difusos* // *Revista de Processo*, vol. 48, out–dez/1987, p. 49; Lúcia Valle Figueiredo, *Direitos difusos na Constituição de 1988* // *Revista de Direito Público*, No. 88, São Paulo, RT, out–dez/1988, p. 105; Ada Pellegrini Grinover, *A problemática dos interesses difusos* // *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984, p. 30–31; Celso Ribeiro Bastos, *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro* // *Revista de Processo*, vol. 23, p. 40; João Carlos de Carvalho Rocha, *Notas sobre a composição do dano ambiental no Brasil e nos Estados Unidos da América* // *Revista da Procuradoria-Geral da República*, No. 1, São Paulo: RT, out–dez/1992, p. 174–175; Herman Benjamim, *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor* // Edis Milaré, *Ação civil pública lei 7.347/85 — Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo, RT, 1995, p. 93.

лишь фактическими обстоятельствами. Например, мы все имеем право дышать свежим воздухом и жить в экологически чистой окружающей среде¹. Коллективное право² принадлежит определенной группе лиц, связанных общим правоотношением, общим поводом к иску³. Например, права, принадлежащие определенным профессиям — юристам⁴ или рыбакам. Однородные индивидуальные права⁵ суть «старые» права (по французскому праву — субъективные права), которые могут быть предметом совместного обращения, если они имеют общее основание⁶. Примером возникновения этих прав является ситуация, в которой на клиентов банка возложены чрезмерные суммы платежей, или потребитель, привлеченный ложной рекламой приобретения бутылочных напитков, под крышками которых находятся призы, но наличие опечаток аннулирует право на получение этого приза, или также потребители, покупающие изделия с производственными дефектами, или люди, которые получают займы с нарушением законодательства или им не предоставляют важную информацию⁷. Те лица, которые могут взять инициативу по подаче исков против государственных корпораций и т.д., представляя группу лиц, сообщество или общество в целом, специально указаны или поименованы в законе. В Бразилии мы не можем применить систему достаточной легитимации или процессуальной правоспособности. Правовые последствия вынесенного судебного решения распространяются на всех представленных лиц, если только оно не основано на недостаточных доказательствах. В этом случае групповой иск может быть подан заново. Также возможно перераспределение бремени доказывания, и суд вправе не применить правило, согласно которому каждая из сторон обязана доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований. Эти процедуры применяются по делам из природоохранных правоотношений, по делам о защите прав потребителей и по общим вопросам или проблемам, связанным с финансовыми институтами.

3.2. Признаки романо-германской системы права

В Бразилии судья или суд может выносить решения, основанные на нормах статутного права. Из этого косвенно следует, что единообразие обеспечивает тем, что формулировки именно формулировки статутного права могут быть

¹ Nesse sentido REsp 28222 / SP 1992/0026117-5 rel. Mina. Nancy Andrichi (https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/ita.asp?registro=199200261175&dt_publicacao=15/10/2001).

² Luiza Dias Cassales, *Ação Civil Pública* // *Revista da Ajufe*, No. 48, jan—fev/1996; Herman Benjamim, *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor* // Edis Milaré, cit., p. 94; Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 24. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

³ Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 803.

⁴ REsp 331403 / RJ — Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 29/05/2006. Юристы могут подавать иски, относящиеся к их профессиональной группе.

⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 24. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

⁶ Pedro da Silva Dinamarco, cit., p. 60.

⁷ TRF 2ª Região. Agravo em Ação Civil Pública 2006.02.01.004411-3, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO GUEIROS. DJ. 6/13/2007.

истолкованы различным образом. Поэтому, как я объяснила ранее, в Бразилии мы начинаем придавать все большее значение прецедентному праву, стимулируя судебную систему для обращения внимания на прецеденты высших судов. Вместе с тем эти суды должны обеспечивать стабильность своего прецедентного права. В проекте гражданского процессуального кодекса Бразилии содержатся некоторые принципы — предписания судам отменять решения по ранее рассмотренному делу с созданием новой нормы прецедентного права без серьезного учета требования стабильности и предсказуемости.

Бразильский судья руководит процессом¹, но это руководство имеет иную природу, нежели в английском гражданском процессуальном праве. Это отличие происходит из-за того, что контроль основывается по большей части на нормах статутного права.

Роль сторон. Если в странах общего права стороны вправе самостоятельно определять предмет и средства доказывания, то в Бразилии это не так. В Бразилии, как и в любой стране континентального права, судья прямо участвует в процессе доказывания начиная от определения предмета доказывания по делу. Судья лично не изучает факты, но базируется на описаниях этих фактов, представленных сторонами, он решает, какое из средств доказывания, выбранных сторонами, будет использовано эффективнее. Во время допроса свидетелей вопросы задаются судьей, а не представителями сторон. Свидетели являются нейтральными персонами, даже если они были представлены истцом или ответчиком². Может быть трое или больше свидетелей³. Один назначается судом, двое других предлагаются сторонами. Они могут работать как вместе, так и по отдельности. Суд может вызвать стороны в любое время для их допроса⁴ и может назначить, если нужно, свидетеля — эксперта для взаимодействия со свидетелями сторон.

В суде первой инстанции отсутствуют присяжные заседатели. Проходит обычно несколько слушаний под председательством судьи, который выносит решение в конце последнего из них или позднее в отсутствие сторон.

В странах общего права, например в США, принято, что в обязанность сторон входит предоставление применимого права судье. Напротив, в странах континентального права, среди которых Бразилия, презюмируется, что судьи знают право. Римский принцип *damihī fact dabo tibi jus* до сих пор действует как в бразильской правовой системе, так и в системе континентального права в целом⁵. Это означает, что суд не связан правовыми требованиями сторон, заявленными в иске, в отзыве на иск и даже в течение процесса. Как бы то ни было судья ограничен фактами,

¹ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 11. ed., São Paulo, RT, 2010, vol. 1; Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual civil*, 11. ed., São Paulo, RT, 2007, vol II; Alexandre de Freitas Camara, *Lições de Direito processual civil*, 16. ed. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007, vol. I; José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, 9. ed. atual Ovício Rocha Barros Sandoval. Campinas, Millennium, 2003, vol. II.

² Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, vol. II, ed. Revista dos Tribunais, 1972; Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 11. ed., São Paulo, RT, 2010, vol. 1.

³ Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. I, p. 191; José Manuel de Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, RT, 1972, vol. II; Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 11. ed., São Paulo, RT, 2010, vol. 1.

⁴ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo, RT, 1978, p. 298–300.

⁵ José Manuel de Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, São Paulo, RT, 1972, vol. II; José Joaquim Calmon De Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol. III.

изложенными сторонами и подтвержденными надлежащими средствами доказывания. Следовательно, судья может позаимствовать из законодательства надлежащую для применения статью или правило или правовую теорию для разрешения дела.

Отдельные доказательства представляются на обозрение судьи во время очередного судебного заседания. Действия сторон в данном случае не направлены навстречу друг другу. Иными словами, истец не обязан демонстрировать документы в присутствии ответчика, хотя они представляют доказательства судье, который является единственным, кто вправе их оценивать¹. Не существует подготовки свидетелей. Свидетели в Бразилии как в типичной стране континентального права рассматриваются в качестве нейтральных лиц, даже если они выступают на стороне истца или ответчика. Поэтому свидетели в Бразилии никогда не инструктируются. В противоположность сказанному, правдивость свидетельских показаний может быть подвергнута сомнению, если стороны контактировали с ними до судебного заседания.

Когда исковое заявление подается в бразильский суд, то некоторые элементы иска остаются неизменными до окончания судебного разбирательства. И эти феномены известны как *perpetuatio legitimationis*², *perpetuatio jurisdictionis* и *perpetuatio libelli*. В частности, *perpetuatio libelli* означает, что основание иска или требование, заявленное истцом, не может быть изменено им до окончания процесса, даже если истец связан этой версией событий. Вместо этого существует правило *damihi facta dabo tibi jus*, имеющее отношение к праву. Это значит, что судья может выбрать правовое обоснование своего решения независимо от того, что выдвинули стороны.

В бразильском праве у сторон есть *право на подачу апелляционной жалобы*³. Они могут оспорить как предварительное решение (промежуточное определение) суда, так и окончательное решение суда. Подача апелляционной жалобы сама по себе возможна только при соблюдении требований, точно указанных в актах статутного права, к примеру, срока обжалования. Однако дискреционных полномочий на принятие к рассмотрению апелляционной жалобы нет.

Есть лишь одно исключение: с 2004 г. Верховный суд может отказать в принятии к рассмотрению апелляционной жалобы по 45-й Поправке к Федеральной конституции, вступившей в силу.

Апелляционные жалобы, подаваемые в *Высший федеральный суд*, принимаются при соблюдении одного специального условия (вдобавок ко всем остальным, соответствие которым подтверждается дискреционными полномочиями): содержащийся в деле *quaestio juris* должен быть важен для всего общества, выходя за пределы интересов сторон. Этот феномен называется *repercussão geral*⁴ и является аналогом *Grundsätzliche Bedeutung* в праве Германии.

¹ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil*, 11. ed., São Paulo, RT, 2010, vol. 1; Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 2001.

² Helder Martinez Da Col, *Modificações da Competência* // *Revista dos Tribunais*, vol. 802, São Paulo, RT, 2002, p. 105; José Manuel de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 13. ed., São Paulo, RT, 2010.

³ Nelson Nery Junior, *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil* // *Revista de Processo*, No. 51, 1988; Eiusdem, *Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos*, 4. ed., São Paulo, RT, 1997, p. 44; Oreste Nestor de Souza Laspro, *Garantia constitucional do processo civil*, São Paulo, RT, 1999, p. 192.

⁴ José Miguel Garcia Medina, *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, 5. ed., São Paulo, RT, 2009; Bruno Dantas, *Repercussão Geral. Perspectivas histórica,*

Интересен тот факт, что Марк Аврелий в своем заключении (мотивировочной части судебного решения) в RE 577494/PR (*rel. Min. Ricardo Lewandowski* — j. 17 апреля 2008 г. — DJe 9 мая 2008 г.) указал, что *repercussão geral* служит цели избавления от значительного числа дел, рационализируя деятельность органов судебной власти, поэтому критерий его оценки должен быть гибким, а не ограниченным.

Разумеется, эта теория является довольно размытой (поскольку она применяется каждый раз, когда ситуация является политически, социально, экономически или юридически значимой), включает определенный уровень субъективности, но судебная практика в разрешении данного вопроса отличается единством и стабильностью. Несложно найти хорошие примеры этого.

STF рассмотрел в апелляционном порядке дело, включавшее вопрос о применимости поправки к законодательству о Контракте о медицинском страховании. Вопрос заключался в том, распространяются ли изменения только на контракты, заключенные после их внесения, или еще и на те контракты, которые на тот момент уже существовали. Было справедливо предположено, что правовая проблема, нуждавшаяся в разрешении, затрагивала публичные интересы (была важна с экономической и социальной точек зрения)¹.

STF рассмотрел апелляционную жалобу по вопросу о соответствии закона, устанавливающего специальный налог на использование воздушного пространства путем установки «электрических столбов», Федеральной конституции. В данном случае также был распознан *repercussão geral*².

Есть еще один интересный пример, заслуживающий упоминания: спонсор (сторонник) футбольной команды из штата Байя доказал факт коррумпированности лиги (союза), потребовал возмещения морального ущерба и выиграл дело. Однако его апелляционная жалоба, направленная в STF, не была принята к рассмотрению, так как, несмотря ни на что, было указано, что *repercussão geral* в данном случае места не имеет.

Как видно, у Бразилии есть множество признаков, характерных для стран с романо-германской правовой системой, а также некоторые признаки стран общего права. На основании этого можно сделать вывод о том, что на данный момент бразильская процессуальная система представляет собой смесь этих двух великих правовых систем.

4. Культура и гражданский процесс

Разумеется, культура оказывает влияние на гражданское процессуальное право страны. Но в основном бразильцы хорошо относятся к сравнительному праву и важные законы принимаются с помощью юристов (специалистов, профессоров права), которые в курсе происходящих в мире событий и обращают внимание на применение в зарубежных странах новых правовых приемов, если они дают хорошие результаты. Поэтому, как было сказано в ответе на вышеприведенный вопрос,

dogmática e de direito comparado e questões processuais, 2. ed., São Paulo, RT, 2009; Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais — Teoria geral dos recursos*, 4. ed., São Paulo, RT, 1997.

¹ RESP 578.801-6/RJ — Rel. Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. DJ 16/10/2008.

² RE n. 494.163/RO, rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno.

процессуальная система Бразилии фактически представляет собой смесь элементов различных систем, хотя и, по моему мнению, с сильным, заметным уклоном в сторону стран с романо-германской правовой системой, главным образом настолько, насколько это необходимо, проявляя уважение к судебному прецеденту. Эта тенденция ясно прослеживается в бразильском праве, но обязательной не является.

Маргарэт Ву (*Margaret Woo*)¹

КИТАЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Гражданский процессуальный кодекс Китайской Народной Республики был впервые обнародован в 1982 г. для экспериментальной проверки на практике, официально вступил в силу в 1991 г. и претерпел изменения в 2007 г. Поправки, внесенные в Кодекс в 2007 г., главным образом были нацелены на ужесточение положений по надзору за судебными разбирательствами и по исполнению постановлений. Начиная с 2007 г. постоянно возрастающее количество судебных процессов по гражданским делам и перегруженность китайских судов первой инстанции привели к возникновению дискуссий о необходимости внесения еще одной группы поправок в Гражданский процессуальный кодекс. 10 июня 2011 г. Бюро Центрального комитета по вопросам законодательства объявило о планах по пересмотру Гражданского и Уголовного процессуальных кодексов. Настоящий доклад содержит поправки, предложенные в декабре 2011 г.

Предлагаемые поправки к Гражданскому процессуальному кодексу явились следствием растущей социальной нестабильности и общественного недовольства работой китайских судов. Одним из последствий китайского экономического бума является увеличение неравенства в области влияния и доходов, что в свою очередь приводит к возрастанию социальной напряженности, повышению количества прошений (требований о пересмотре дел после вступления в силу решения по апелляции), подаваемых в органы государственной власти и в суды. В 2005 г. президент Ху Цзиньтао в попытке успокоить общественные волнения призвал к созданию «гармоничного общества»³. В ответ на это в 2006 г. Верховный народный суд подтвердил отступление от проводившейся в течение 10 лет реформы гражданской юстиции, направленной на разрешение споров судами, и возвращение к урегулированию вопросов мирным путем, с дополнительными усиленными мерами по разрешению разногласий в делах «чрезвычайной общественной важности»⁴. Целью призыва является создание «гармоничного общества», а так-

¹ Профессор Северо-Восточного университета (*Northeastern University*) (США).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен И. Масловым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ *Building Harmonious Society CPC's Top Task* // *China Daily* (Feb. 20, 2005) (http://www.ChinaDaily.com.cn/english/doc/2005-02/20/content_417718.htm).

⁴ Министерство юстиции рекомендует два подхода к работе в области мирного урегулирования общественных споров (от 1 марта 2005 г.) (http://www.legalinfo.gov.cn/moj/jcgzdzs/2005-05/17/content_133971.htm (при этом подчеркивается важность дружественного урегулирования в интересах построения «гармоничного общества»)).

же его стабилизация путем следования принципу «мирового разрешения споров во всех возможных случаях, разрешения разногласий судами при необходимости, сочетания разрешения споров как посредством вынесения судебных решений, так и с помощью мировых соглашений, вынесения заключения по делам и разрешения споров»¹. Будучи обеспокоенным неспособностью судов улаживать общественные разногласия, правительство Китайской Народной Республики совместило усиленную законотворческую работу с более тщательным рассмотрением общественных и политических контекстов дел².

В целом любые предлагаемые поправки к Гражданскому процессуальному кодексу Китайской Народной Республики должны соответствовать установленным правительством целям защиты прав истца, ослабления оказываемой на судей нагрузки и поддержания стабильности общества. Предложенные поправки к Гражданскому процессуальному кодексу Китайской Народной Республики направлены на разрешение вопросов, с которыми столкнулась страна: общественная нестабильность, увеличенный объем работы китайских судей, а также внешнее давление договорного режима ВТО, призывающего к более широкому доступу к правосудию и к большей прозрачности судов. Масштабные изменения проводятся в следующих областях: процедуры подачи искового заявления, досудебные процедуры, мировое разрешение споров, исследование доказательств, судебный процесс по делам общественного интереса, исковые требования на небольшие суммы и надзор над судебными разбирательствами.

1. Прежде всего в Проекте поправок разъясняется взаимосвязь между внесудебным дружественным урегулированием и разрешением споров в судах.

а. В данную версию поправок добавлена новая статья, определяющая мирное урегулирование в качестве эффективного механизма разрешения споров, которая гласит: соответствующие дела должны прежде всего разрешаться мирным путем (новая ст. 121).

б. Новый подразд. 6 также предусматривает использование судами внесудебных мировых соглашений при условии подачи такого соглашения в суд в течение 30 дней с начала срока его действия. После окончания расследования гражданский суд может исполнить соглашение или обязать стороны договориться о новых условиях в случае установления судом незаконности первоначального соглашения (новые ст. 192 и 193). Положение о приведении договора в исполнение защищает целостность мирового соглашения.

2. Расширение права истца на подачу жалобы в суд.

а. Статья 111 была переработана и переименована в ст. 122 для решения проблемы отклонения исковых заявлений судами. Новая статья содержит пункт, подчеркивающий важность защиты права истца на подачу иска. Данный пункт предусматривает, что если поданное исковое заявление соответствует требованиям ст. 118, суд обязан принять его в производство. Суд должен решить вопрос о принятии или об отклонении иска в течение семи дней и уведомить об этом истца. Истцы вправе подавать апелляционные жалобы (новая ст. 122).

¹ Там же.

² См.: *China to Launch Education of «Socialist Concept of Rule of Law»* (в документе говорится, что социалистической концепцией верховенства закона является построение гармоничного общества).

b. Предлагаемые статьи также содержат общие принципы комплексной системы гражданского судопроизводства. На ранней стадии производства по делу народный суд должен провести оценку и решить, следует ли отнести дело к одной из следующих категорий: 1) ускоренная процедура (*du cu*, приблизительный перевод — контролируемая процедура), например, дело по вопросу о задолженности, с малым количеством споров или споров, не касающихся фактических обстоятельств; 2) мирное урегулирование, в случае если спор сторон носит более существенный характер; 3) упрощенная процедура или обычная процедура в зависимости от требований по делу; и 4) процедура, позволяющая сторонам обмениваться доказательствами для разъяснения вопросов в делах, требующих проведения судебного разбирательства (добавленная ст. 132).

c. Чрезвычайно важно, что в отношении дел общественной значимости изменения признают необходимость защиты не только тех лиц, которые понесли прямой ущерб. В отношении дел, связанных с вопросами экологии и защиты прав потребителей, предлагаемая ст. 55 предусматривает возможность подачи исковых заявлений со стороны соответствующих государственных органов и общественных организаций от имени общественных интересов (добавленная ст. 55).

d. Новые положения также предоставляют судам общие полномочия для применения или запрета применения действий, направленных на поддержание статуса-кво до вынесения судом окончательного решения. Это в особенности необходимо в спорах по вопросам интеллектуальной собственности, нарушений прав на товарный знак, а также нарушений авторских прав. Суд вправе обязать стороны прекратить осуществление определенных действий, а также заморозить активы с целью обеспечения возможности дальнейшего исполнения судебного постановления. Суд вправе осуществить эти действия даже в отсутствие соответствующего требования истца (новая ст. 99).

e. Повышение прозрачности судебных решений. Измененные положения подчеркивают, что все постановления и определения судов должны содержать письменное обоснование принятого решения. В судебном решении должна указываться причина разбирательства дела в суде, решение и основания для его вынесения, присужденная сумма и дата обжалования (новые ст. 151 и 153). Еще более важным является то, что недавно добавленная статья устанавливает, что все постановления и решения должны быть доступными для общественности, за исключением дел, касающихся вопросов коммерческих тайн, национальной безопасности и частной жизни лиц (новая ст. 155).

3. С целью осуществления права истца на представление доказательств данные статьи устанавливают сроки и порядок представления доказательств. Главным нововведением является досудебное совещание, которое позволит сторонам сосредоточиться на главных вопросах спора, доказательствах, упростить судебное разбирательство, а также устранить споры в судебном процессе.

a. При представлении сторонами доказательств суд обязан принять эти доказательства и заверить судебной печатью их тип, количество страниц, объем и время представления (добавленная ст. 66).

b. С целью избежания задержек в судебном разбирательстве была добавлена новая статья, обязывающая представлять доказательства в суд своевременно. В случае несвоевременного представления доказательств стороной народный суд вправе на-

ложить на нее штраф, обязать компенсировать расходы, связанные с задержкой в судебном разбирательстве, или даже отказать в принятии доказательств (новая ст. 65).

с. В отношении вопросов, требующих экспертного мнения, новые статьи предусматривают возможность подачи истцом ходатайства в суд о назначении судебной экспертизы. Эксперт назначается либо судом, либо сторонами по их взаимному согласию. В случае если мнения сторон противоречат мнению эксперта или если суд сочтет дачу экспертом показаний необходимой, эксперт обязан дать показания перед судом. В случае если после направления эксперту повестки о явке последний не является в суд, экспертная оценка не будет приобщена к материалам дела и не будет считаться основанием для вынесения какого-либо решения по существу (новые ст. 76–78).

4. Создание упрощенных процедур. В большей части гражданских дел, фактические обстоятельства которых в целом носят ясный характер, а споры имеют небольшой масштаб, будет применяться упрощенная процедура.

а. В простых делах, в которых требования о компенсации не превышают 5 тыс. юаней, новая статья предусматривает только одно слушание (новая ст. 161).

б. Измененная статья также расширяет возможности упрощенной процедуры. В дополнение к требованию о применении простой процедуры в некоторых простых делах стороны вправе согласовать между собой применение простых процедур (новая ст. 156).

с. Измененная статья также добавляет требование о том, чтобы в делах, рассматриваемых обычными народными судами и направленными из судов первой инстанции, могли использоваться более удобные методы для вызова истцов, представления документов и рассмотрения дел, но при этом во всех случаях должны защищаться права и точка зрения истца (новая ст. 158).

5. Прокуроры Китайской Народной Республики обладают уникальным правом осуществления контроля над судебной деятельностью. Роль прокурора в осуществлении надзора над судебной деятельностью укрепляет следующие изменения:

а. Усиление способов осуществления надзора. Старый Гражданский процессуальный кодекс предусматривал один из методов осуществления надзора — *kansu*, заключающийся в подаче вышестоящим прокурором возражений в нижестоящий суд с требованием о проведении пересмотра вступившего в силу постановления или в вышестоящий суд с требованием о пересмотре постановления, пока еще не вступившего в законную силу. Согласно составителям поправок, пробные изменения в областных судах позволяют говорить о необходимости расширения прав прокурора на осуществление надзора над судебными разбирательствами. Измененное положение предоставляет прокурорам Китайской Народной Республики возможность подавать представления (*jianyi*) в суд той же инстанции в отношении пересмотра дел, по которым были вынесены вступившие в силу решения, арбитражные решения или заключены мировые соглашения, в случае обнаружения нового нарушения (или условий, установленных в ст. 198), или если мировое соглашение вредит благу общества. В качестве альтернативы прокурор также вправе попросить другого прокурора подать *kansu* в вышестоящий суд (новая ст. 206).

б. Расширение возможностей осуществления надзора. Старый Гражданский процессуальный кодекс не содержал четкого указания на то, может ли исполнение постановлений и мировых соглашений судом подлежать надзору со стороны прокурора. Это касается проблемы согласия между истцами и органами, занима-

ющимися мировыми соглашениями. Это новое положение позволит прокурорам подавать возражения (*kansu*) или ходатайства о проведении повторного разбирательства в отношении исполнения любых постановлений, а также осуществлять надзор за заключенными мировыми соглашениями, которые могут нанести ущерб общественному благу (новая ст. 206).

с. Расширение полномочий прокуроров в сфере расследований для определения того, какой документ — возражение (*kansu*) или представление (*jianyi*) — должен подаваться в суд какой инстанции — вышестоящий суд или суд той же инстанции соответственно — для проведения пересмотра дела. Прокурор вправе просматривать протоколы судебных заседаний, вопросы, допрашивать истцов или проводить расследование вне рамок дела (новая ст. 209).

6. Дополнение методов контроля за судебным разбирательством.

а. В настоящее время в случае если истцы предполагают, что в вынесенном решении присутствуют какие-либо ошибки, они вправе подать ходатайство о проведении повторного судебного разбирательства в вышестоящий суд. Измененная статья позволяет истцам в делах, связанных с частными лицами, в особых обстоятельствах подавать ходатайства о проведении повторного судебного разбирательства в суд, который занимался рассмотрением дела (новая ст. 197). Эти обстоятельства включают в себя новые доказательства, оправдывающие отмену вынесенного постановления, отсутствие доказательств, фальсифицированные доказательства, дела, требующие судебного расследования, которое суд не сумел провести, правовые ошибки, которые не были при необходимости устранены судьей, неявку необходимых сторон, незаконное лишение прав истцов на защиту, заочное решение суда в случае неполучения повестки сторонами, судебное решение, которое вышло за рамки или не было направлено на повторное судебное разбирательство, а также взяточничество судей (новая ст. 198).

б. Истцы часто подают ходатайства прокурору и в народные суды, одновременно требуя надзора за судебными разбирательствами. Добавление новых статей обосновывается необходимостью разъяснения обстоятельств, при которых истцы могут подать ходатайство прокурору о возражении (*kangsu*) и представление (*jianyi*) о проведении повторного разбирательства. Истцы могут подать ходатайство прокурору об установлении надзора на основании трех обстоятельств: 1) в случае отклонения народным судом ходатайства истца о проведении повторного разбирательства; 2) в случае длительного бездействия народного суда в отношении рассмотрения данного ходатайства; и 3) в случае наличия явной ошибки в деле по проведению повторного разбирательства (новая ст. 207). В конечном счете в целях рассмотрения проблемы в отношении повторяющихся ходатайств о проведении повторного разбирательства новая ст. 208 устанавливает, что стороны не имеют права повторно подавать ходатайство прокурору о заявлении протеста в том случае, если сторона уже подавала ходатайство прокурору и если дело не было рассмотрено народным судом (новая ст. 208).

7. Рассматривая остающиеся нерешенными проблемы в отношении исполнения постановлений, добавленные положения предоставляют суду полномочия предпринимать непосредственные действия по их исполнению, а также по наказанию виновных лиц.

а. Для предотвращения проблемы, связанной с укрыванием или перемещением сторонами своих активов, данный пересмотр позволит должностным лицам, зани-

мающим исполнением постановлений, предпринять непосредственные меры в отношении активов после уведомления подсудимого (новая ст. 237).

b. Народные суды уполномочены оштрафовать, арестовывать лиц, уклоняющихся от исполнения постановлений, или проводить расследование в отношении них в рамках уголовного дела (новые ст. 111 и 112).

c. В особых обстоятельствах размер штрафа для сторон варьируется от «не превышающего 10 тыс.» до «не превышающего 100 тыс.» юаней; размер штрафа для истцов, являющихся официальными лицами, варьируется от «между 10 тыс. и 300 тыс.» до «от 500 тыс. до 1 млн» юаней (новая ст. 114).

Кьяра Бессо (*Chiara Besso*)¹

ИТАЛЬЯНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

1. Общая характеристика итальянского гражданского процесса

В настоящее время итальянская система гражданского судопроизводства принадлежит к романо-германской правовой системе и является преемником так называемого романо-канонического судопроизводства, возникшего в XII в. и основанного на римском праве (воплощенного в *Iustinianus Corpus Iuris Civilis*), каноническом праве (Декрете Грациана и папских декретах) и праве северных итальянских городов.

Итальянская процессуальная культура, игравшая в средневековой Европе соизмерительную доминирующую роль, в период с XVI по XVIII в. вступила в кризис. Отсутствовали центральная власть и суд, способные осуществлять единообразную практику в пример обычным судам³. Гражданское судопроизводство по своей сущности все еще основывалось на романо-каноническом процессе: письменное производство, сопровождавшееся бесконечным обменом документами, осуществлялось при пассивном судье⁴.

Начало XIX в. характеризовалось влиянием наполеоновского *Code de procédure civile*, на положения которого значительно опирались сардинские кодексы 1854 и 1859 гг., предшествующие первому итальянскому кодексу 1865 г.

Кодекс 1865 г., принятый во времена политического объединения Италии, устанавливавший пристальный контроль сторон над процессом и опиравшийся на формальное регулирование, был впоследствии заменен современным ГПК, вступившим в силу в 1942 г.

Новый Кодекс отошел от принципа контроля сторон над процессом и ввел активную роль судьи в деле управления ходом судопроизводства. Так называемая

¹ Профессор Туринского университета (*University of Turin*) (Италия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен И. Дибировым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ См.: Van Caenegem, *History of European Civil Procedure* // Cappelletti (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Tübingen, 1973, 69 sqq.

⁴ Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, 9 sqq.

контрреформа 1950 г., инициированная адвокатским сословием, вновь усилила контроль сторон в процессе. Сторонам давалась возможность представлять новые доказательства и факты на протяжении всего периода разбирательства дела, что привело к недостаточному разграничению предварительной стадии и стадии исследования доказательств.

В период между 70-ми и 80-ми гг. прошлого века шли бурные обсуждения необходимости принятия нового гражданского процессуального кодекса — вместе с предложениями о принятии иных законодательных актов, — однако значительная реформа была проведена только в начале 1990-х гг.

Общеизвестно, что наиболее важная проблема в итальянском гражданском правосудии — это затягивание дел¹. С целью сократить время разбирательства гражданских дел в течение последних 20 лет предпринимались попытки дать ход соответствующим реформам, порой противоречащим друг другу:

I. Первые реформы, в результате которых частично переписали ГПК, происходили в период с 1990 по 1998 г. Закон № 353/1990, включавший «чрезвычайные меры в области гражданского судопроизводства», был главным образом нацелен на то, чтобы, используя сроки, в большинстве своем установленные законодателем, сосредоточить подготовительную стадию в рамках предварительного слушания². После негативной реакции юридической среды в 1995 г. были внесены изменения, предусматривавшие подготовку дела к рассмотрению как минимум в рамках трех судебных слушаний. Закон № 374/1991 ввел мировое правосудие (*guidice di pace*), направленное на уменьшение нагрузки на суды первой инстанции, в которых рассматривались более мелкие дела. Цель, с которой вводился институт в течение нескольких лет, была в значительной степени достигнута. Поставив перед собой задачу увеличить эффективность работы судебных служащих, Законодательный декрет № 51/1998 постановил, что в *tribunale* (судах первой инстанции) дела рассматриваются судьей единолично.

II. Несомненно, даже если реформам 1990—1998 гг. удалось оказать некоторое положительное воздействие на процесс, выполнить свою главную задачу по сокращению продолжительности судопроизводства они смогли. Бесчисленные решения ЕСПЧ, принятые против итальянского государства, наряду с предупреждениями советника ЕС по правовым вопросам, обязывавшие Италию принять меры по процессуальным задержкам, привели к принятию Закона № 89/2001. Теперь, прежде чем подавать жалобу в ЕСПЧ, так называемый *legge Pinto* требовал от сторон обращаться в итальянские суды (апелляционные суды) для взыскания компенсации ущерба, причиненного процессуальными задержками при отправлении правосудия³.

¹ Средняя продолжительность разбирательства в *tribunale* (суде первой инстанции) составляет 977 дней, а в апелляции — 1549. О данной проблеме см.: Taruffo, *Recent and current reforms of civil procedure in Italy* // Trocker-Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, p. 217 sqq.

² Закон № 353/1990 содержал и иные положения: упрощенное и унифицированное регулирование обеспечительных мер; обеспечение возможности осуществлять денежные переводы во время разбирательства; исполнимость решений судов первой инстанции.

³ О негативном влиянии «Закона Пинто» см. анализ *Procuratore generale della Corte di cassazione* в его вступительной речи (январь 2010 г), касающейся отправления гражданского правосудия в 2009 г. (www.giustizia.it). Только в сентябре 2010 г. Верховный суд вынес 24 решения на компенсационные жалобы, поданные против постановлений апелляционных судов!

III. В 2003 г. в реформу корпоративного права (Законодательный декрет № 5/2003) была включена группа процессуальных положений. Новый процесс задумывался как своего рода эксперимент во имя будущей капитальной реформы ГПК. Основной чертой производства, вопреки нормам действующего Кодекса, стала «приватизация» подготовительной стадии, которую вырвали из рук судьи и отдали в руки представителям сторон. Говоря коротко, судопроизводство разделилось на два этапа. Первый этап начинался с вручения иска ответчику без предварительного его подписания судом, а кончался в тот момент, когда одна из сторон просила судью назначить слушание перед судом. Второй этап состоял из двух или более судебных заседаний, направленных на обсуждение дела, исследование доказательств и вынесение решения. Идея заключалась в том, что, если доверить руководство делом представителям сторон, а не судье, это ускорит процесс.

Данные нововведения подверглись жесткой критике со стороны некоторых ученых¹, которые подчеркивали, что новые изменения расходятся с реформами, недавно проведенными в некоторых странах континентальной и общей правовых систем, согласно которым судья наделялся более широкими и эффективными полномочиями по руководству делом (в первую очередь имеется в виду Англия, но также и Германия и Франция).

В любом случае эксперимент дал неутешительные результаты: так называемое корпоративное судопроизводство длилось даже дольше, чем обычные дела, вследствие чего институт был полностью упразднен в 2009 и 2010 гг.

IV. Недавние реформы 2005 г. (Закон № 80), 2006 г. (Закон № 51) и 2009 г. (Закон № 69) изменили направление в сторону процессуальной гибкости и пропорциональности, а также наделения судьи полномочиями по управлению делом². Я имею в виду:

- новое деление подготовительной стадии в соответствии со ст. 183 и 184 ГПК;
- так называемый *calendario del processo* (процессуальный календарь): выслушав стороны, судья разрабатывает график движения дела (институт, существующий в иных европейских правовых системах, напр. Франции)³;
- новый *procedimento sommario* (суммарный процесс) для несложных дел, применимый ко всем делам, подсудным *tribunale* и рассматриваемым судьей единолично (ст. 702-bis, 702-ter и 702-quater ГПК)⁴.

2. Классификация гражданских процессуальных систем

Классическое различие процессуальных систем на романо-германскую и англосаксонскую сейчас воспринимается как стереотип, а чаще используется в образовательных целях.

- Во-первых, даже в странах, традиционно принадлежащих к англосаксонской или континентальной семьям (предлагаю подразумевать Англию и США, с одной стороны, и Францию, Германию и Италию — с другой), различия процессуальных систем уже не так явны. Сейчас общеизвестно, что эти различия заметно

¹ Taruffo, *Recent and current reforms of civil procedure in Italy* // Trocker-Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, p. 228 sq.

² Trocker, *Judicial system* // De Cristoforo-Trocker (ed.), *Civil Justice in Italy*, Tokyo, 2010, p. 10 sq.

³ Ст. 81-bis «*disposizioni di attuazione*» ГПК.

⁴ Реформы 2005 г. и 2009 г. также ввели два новых положения в доказательственное право, см. ниже, ч. 4.

ослабились¹. Если страны системы общего права наделяют судей полномочиями по управлению процессом и стараются ограничить избыток состязательности, страны континентального права изменили характер своего судопроизводства и даже переняли некоторые типичные для англосаксонской правовой системы механизмы.

- Во-вторых, в мире много стран, которые нельзя отнести к континентальной или англосаксонской правовой семье, так как они традиционно применяют институты обеих семей (Швеция, Шотландия).

- В-третьих, есть страны, которые несомненно имеют черты общего и континентального права, но тем не менее обладают собственными уникальными чертами (исламские государства).

Предлагаются все новые классификации, направленные на преодоление евро-американской точки зрения. В качестве примера можно привести классификацию Уго Маттея, который разделил все правовые системы на три семьи, основанные на профессиональном праве, политическом праве и религиозном праве (которые, конечно, проявляются в любой правовой системе, разница лишь в господстве одной из них)². Другая недавняя классификация, на этот раз основанная на правовой традиции, была предложена Гленном, который делит правовые системы в соответствии с их традицией на: хтоническую, талмудическую, романо-германскую, исламскую, азиатскую, англосаксонскую, индуистскую правовые традиции³.

Я считаю, что культура, несомненно, может быть критерием в классификации процессуальных систем. На деле классификация, основанная на «культурных сферах», которую можно применять к правовым системам в целом и к процессуальным системам в частности, была предложена Хусой⁴, который разделил правовые системы на три типа: западную, не-западную и сформированную смешанными факторами, не могущую называться ни западной, ни не-западной, которая сочетает в себе черты обеих систем в исключительных комбинациях.

3. Тип гражданской процессуальной системы Италии

Итальянский гражданский процесс обладает всеми чертами романо-германской правовой системы⁵:

- судья в первую очередь ответственен **за исследование доказательств и применение правовых концепций, согласно которым принимается решение по делу** (см. ст. 175, 188, 202 и 209 ГПК);

- разбирательство осуществляется путем проведения серии коротких слушаний, цель которых предварительно проверить дело на соответствие требованиям закона, установлению вопросов права и фактов, имеющих отношение к делу, и представлению доказательств, которые включаются в материалы дела до финальной стадии по их исследованию и принятию судебного решения (см. ст. 183, 184, 189 и 275 ГПК);

¹ Trocker-Varano, *Concluding remarks* // Trocker-Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, p. 244 sq.

² Mattei, *Three Patterns of Law* // *American Journal of Comparative Law*, 1997, 5 sqq.

³ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2000.

⁴ Husa, *Classification of Legal Families Today* // *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, 11 sqq.

⁵ Cp.: *Introduction* // *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2004, p. 6.

- решение суда первой инстанции может быть предметом полной апелляции в суде второй инстанции (см. *articles* 352, 356 ССР);

- *судьи обычно работают в этой должности в течение всей своей профессиональной карьеры, не имея опыта другой работы в юридической сфере*¹.

На итальянское гражданское правосудие сильное влияние оказал Французский кодекс 1806 г. Помимо него заметное **воздействие** оказали как кодексы, так и догма немецкой и австрийской систем конца XIX в. Ярким примером является теория Джузеппе Кьовенды, отца-основателя и главного участника движения за устность, который частично определил содержание Кодекса 1942 г.²

Следует отметить, что некоторые аспекты итальянской системы до сих пор несут в себе черты гражданско-правовой традиции XIX в., в то время как некоторые системы (я имею в виду систему Франции и Германии) от нее отошли.

Возьмем в качестве примера доказательственное право. Нормы о доказательствах, установленные в ГПК и ГК³, не слишком новаторские по сравнению с положениями в других европейских правовых системах.

Правила предъявления доказательств сейчас такие же, как в ГПК 1865 г.

Касательно заявлений сторон, средневековые клятвенные заверения, исповедь и формальный допрос до сих пор используются в качестве средств доказывания. Существует новый неформальный допрос сторон, но основной его смысл сводится к определению *thema decidendum* и *thema probandum*, и только потом к использованию в качестве средства доказывания (в любом случае заявления сторон носят характер «доказательственных аргументов»)⁴.

Полномочие суда потребовать от стороны или лиц, не участвующих в процессе, представления соответствующих документов (ст. 210 ГПК) является единственным значительным нововведением в Кодекс 1940 г. Даже если суд может потребовать предъявления какого-нибудь доказательства, стороны сами решают, представлять его или нет, так как инициатива судьи по требованию доказательств используется в крайних случаях.

К принципу свободной оценки доказательств, установленному ГПК (ст. 116), применяется несколько изъятий.

Существенную роль играет формализм⁵.

Доказательственное право, установленное в ГПК и ГК, которым по 70 лет, не подвергалось слишком большим изменениям, за исключением поправок, внесенных Конституционным судом.

И все же было сделано несколько предложений по реформированию доказательственного права в направлении полного соблюдения принципа свободной оценки

¹ См.: Trocker, *Judicial system* // De Cristoforo-Trocker (ed.), *Civil Justice in Italy*, p. 33 sqq.

² О Кьовенде и его вкладе в итальянскую юридическую науку см.: Tarello, *L'opera di Giuseppe Chioven-da nel crepuscolo dello Stato liberale* // *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. III, 1, Bologna, 1973.

³ По французской модели доказательственное право установлено в двух различных кодексах. В ГПК содержатся нормы, касающиеся получения доказательств, а в ГК — их допустимости.

⁴ Во Франции и Германии, напротив, допрос — средство доказывания, современное проявление средневекового допроса *per positionem* — был упразднен и заменен *comparition personnelle de parties* и *Parteivernehmung*, в которых заявления сторон являются предметом свободной оценки суда.

⁵ Примером может служить обязанность (ст. 244 ГПК) вызвать свидетеля, назвав его имя и факты, о которых ему будут задаваться вопросы.

доказательств и упрощения заседаний по исследованию доказательств¹, однако эти инициативы так и не получили законодательного закрепления.

В 2002 г. был представлен проект с несколько иным подходом. Оставляя без изменений статьи по заседаниям по исследованию доказательств (ст. 191 ГПК) и общие постановления, касающиеся полномочий суда и оценки доказательств (ст. 115–118 ГПК), инициаторы проекта предложили расширить предварительное доказательственное производство, а также ввести новые нормы, позволяющие представителям сторон требовать письменные заявления или заключения эксперта.

Сторонники реформы заявили, что нововведения являются ответом на практику, осуществляемую в современной Италии. Это в высшей степени верно. Тем не менее, с одной стороны, предложенные изменения, уже имеющие место в европейской практике, несомненно, стоит внести в разряд эволюционных реформ, а с другой — они демонстрируют явное сходство со структурными особенностями англо-американской системы судопроизводства. Так, расширение досудебного исследования доказательств в данный момент имеет место в Германии и Франции, а институт письменных показаний действует в Англии, Германии и Франции. Сбор доказательств представителями сторон является чертой современной англо-американской практики, в частности в Америке в рамках предварительной досудебной стадии основную роль традиционно играют юристы, представляющие стороны, в то время как судья играет второстепенную роль.

Недавно проект, касающийся доказательств, был частично законодательно закреплён: в 2005 г. произошло введение предварительной досудебной стадии по представлению доказательств; в 2009 г. был введен институт письменных показаний (см. следующий параграф).

4. Основные черты итальянского гражданского процесса: романо-германские, англосаксонские, самобытные

Основные черты итальянского гражданского судопроизводства, несомненно, принадлежат к романо-германской правовой системе.

Однако, как я уже говорила в § 2, классическое различие между континентальной и англосаксонской правовыми семьями постепенно исчезает, Италия в свою очередь тоже следует курсу современных тенденций.

I. В законодательстве Италии были закреплены два механизма, типичные для американского судопроизводства: групповые иски и оплата представителя по результату.

¹ Проект, разработанный так называемой комиссией Либмана в 70-х гг. прошлого века, предполагал:

- унифицировать все нормы о доказательствах в ГПК;
- расширить полномочия суда по требованию доказательств и ввести соответствующие санкции, позволяющие гарантировать сотрудничество сторон при собирании доказательств;
- упразднить институт клятвенного заверения, сделать объяснения сторон предметом свободной оценки и центральную роль в доказывании дать допросу сторон;
- ввести основной и перекрестный допрос свидетелей представителями сторон;
- упростить процедуру проверки документов.

Проект так никогда и не был воплощён в жизнь, та же участь постигла менее смелый проект, разработанный в 1990-х гг. так называемой комиссией Тарция.

А) Дискуссии о введении групповых исков с целью защиты потребителей шли годами¹. В конце концов в 2007 г. законопроект был одобрен большинством голосов, но его вступление в силу несколько раз откладывалось. В январе 2010 г., полностью измененный, он вступил в силу (ст. 140-*bis* Кодекса потребителей). Согласно норме, каждый потребитель, права которого были нарушены, имеет право подписать иск. Виды исков, которые можно подать, ограничены (права из договоров, качество продукции, недобросовестная коммерческая практика и антиконкурентная практика). Итальянский групповой иск основывается на принципе присоединения: судебное решение имеет обязательную силу лишь для тех лиц, которые присоединились к иску. Действия по групповому иску состоят из двух основных частей, в результате которых устанавливаются: допустимость иска (по аналогии с процедурой удостоверения иска в США, но помимо того с предварительным выяснением судом существования иска); ответственность и причиненный ущерб. В промежутке между этими двумя этапами соблюдается принцип гласности и происходит присоединение к иску. Суды наделены широкими полномочиями по управлению делом и его структурированию².

В) В Италии оплата услуг по результатам традиционно считалась незаконной и подобные сделки признавались ничтожными. Сейчас это уже не так. Закон № 248/2006, который также упразднил минимальные ставки по оплате услуг юристов, отменил запрет на оплату услуг по результатам, устанавливавшийся п. 3 ст. 2233 ГК. Таким образом, юристы со своими клиентами могут заключать сделки относительно оплаты услуг. Единственное требование заключается в том, что подобная сделка должна быть заключена письменно. Соответствующий способ оплаты также не ограничен рамками тех или иных видов дел, к которым привлекаются юристы. Отсутствие всяческих ограничений подверглось жесткой критике со стороны правоведов и вообще вышеуказанные нововведения были встречены враждебно в *Consiglio nazionale forense* (национальной палате юристов), предлагавшей вернуть старый порядок³.

II. Как я уже отмечала в § 3, в 2005 и 2009 гг. в Италии начали действовать два новаторских института доказательственного права, которые приблизили итальянскую систему к англосаксонской: письменные показания и расширение введения досудебной стадии изучения доказательств. Вот их короткое описание:

А) Согласно новой ст. 257-*bis* ГПК по соглашению сторон суд может с учетом характера судопроизводства и всех других соображений потребовать свидетеля дать

¹ До введения института групповых исков формы коллективных исков по защите прав потребителей и трудовых прав уже существовали, но были под судебным запретом (см. ст. 139 и 140 Кодекса потребителей и ст. 28 Закона № 300/1970). Ср.: Giussani, *Complex Litigation* // De Cristoforo-Trocker (ed.), *Civil Justice in Italy*, p. 181 sqq.

² См.: Nashi, *Italy's Class Action Experiment* // 43 *Cornell Int'l Law J.*, 2010, 147. С 1 января 2010 г. было подано несколько потребительских групповых исков (хоть и не столько, сколько можно было ожидать). Иски касались вопросов начиная от банковских услуг, заканчивая вакцинами от гриппа. Но в возбуждении дел по ним было отказано по причине недопустимости, за исключением одного (Апелляционный суд Турина 11 сентября 2011 г. пересмотрел решение суда первой инстанции). Для обзора результатов первого месяца итальянских групповых исков см.: Comolli, De Santis, Lo Passo, *Italian Class Actions Eight Months* // *The Driving Forces* // www.nera.com., и Calcagno, *Italian Class Action: The Beginning*, working paper // <http://papers.ssrn.com>, с переводом ст. 140-*bis*.

³ См.: Alpa, *Avvocatura*, доклад на конференции *Etica e responsabilità. Principi fondamentali e società civile in Italia*, Рим, 8 июня 2010 г. (www.consiglionazionaleforense.it).

показания в письменном виде¹. При введении данного института возникли дискуссии относительно возможной недостоверности представленных показаний и нарушения права быть заслушанным. Тем не менее с целью экономии денежных и временных затрат итальянский законодатель ввел механизм, сильно схожий с немецким *schriftliche Beantwortungen в Beweisfragen*, § 377 *Zivilprozessordnung*. Модель письменных показаний в конце концов была одобрена, однако институт сильно ограничен в применении — в частности, условием применения было согласие обеих сторон и соблюдение большого числа формальных моментов. Таким образом, сомнительно, повлияет ли новая форма представления доказательств на их исследование.

В) Процедура *consulenza tecnica preventiva* (досудебное заключение эксперта): сторона вправе до судопроизводства просить компетентный суд назначить эксперта, призванного примирить стороны. Если примирение не состоится, эксперт составляет заключение, которое впоследствии может быть использовано при рассмотрении дела по существу. Данная мера может быть применена «в случаях, установленных первым пунктом ст. 696²», т.е. при наличии риска потери доказательств³. Однако цель института досудебного заключения эксперта направлена в большей степени на примирение сторон, чем на обеспечение сохранности доказательств. Процедура, введенная в ГПК Законом № 80/2005 и действующая с марта 2006 г., аналогична немецкому *schriftliche Begutachtung* (§ 485 *Zivilprozessordnung*) и имеет много общего с французским *expertise préventive* (ст. 145 *nouveau code de procédure civile*).

III. Наконец, следует упомянуть Законодательный декрет № 28/2010 о медиации в гражданских и коммерческих спорах, имеющей целью, согласно намерениям законодателя, уменьшить нагрузку на суды и таким образом сократить задержки в гражданском судопроизводстве.

На протяжении последних лет в Италии, как и в большинстве стран мира, был отмечен растущий интерес к альтернативным способам разрешения гражданских правовых споров (АРС). В некоторых спорах законы предусматривают обязательную или добровольную медиацию, а Декрет № 5/2003 о корпоративном судопроизводстве, упоминавшийся выше, установил систему согласительных органов, контролируемых государством через включение в государственный реестр, и механизмы содействия примирению сторон. Несмотря на ряд законодательных инициатив, развитие АРС, отталкиваясь от статистики применения медиации, все еще огра-

¹ Показания должны быть собраны в той форме, которая была установлена требующей их стороной, и быть известны свидетелю. Свидетель, имеющий те же обязательства, что и свидетель, дающий показания в суде, должен представить показания в установленной форме надлежащему судебному служащему или прислать их почтой.

² Статья 696-*bis*, § 1 ГПК.

³ Применение данной процедуры не является всеобщим. На деле досудебное заключение эксперта применяется «с целью исследовать и оценить финансовые обязательства по договорам или деликтам» (ст. 696-*bis*, § 1 ГПК). Если стороны заключают мировое соглашение, эта оценка приобретает исковую силу и становится основанием для требования закладной (ст. 696-*bis*, § 3). В целях экономического стимулирования сторона не уплачивает соответствующую пошлину (ст. 696-*bis*, § 4). Это досудебная процедура перед судом: стороны, таким образом, должны иметь представителей, за исключением мелких дел, подсудных мировым судам, и должны уплатить соответствующую пошлину. Эксперт назначается судом и оплачивается сторонами, которые также очень часто назначают и, соответственно, платят за своих экспертов. Если спор не урегулирован, досудебные издержки в определенной степени увеличиваются, тем самым увеличивая расходы на весь процесс.

ничено. Ситуация, похоже, изменится с принятием Декрета № 28, который введет обязательную медиацию для определенного ряда гражданских дел.

Подводя итог, следует сказать, что в Италии применяется романо-германская процессуальная система с некоторыми чертами общего права. Таким образом, основываясь на классификации, предлагаемой Хусой, Италия полностью принадлежит западной правовой культуре.

Итальянская система гражданского судопроизводства не обладает уникальными чертами или механизмами, которые не были бы сформированы в рамках *ius commune*, которая в первую очередь является итальянской, но знакома всем странам континентальной Европы, или которые не были бы заимствованы из других западных правовых культур. Что в итальянском процессе действительно существует, так это уникальные правила, регулирующие данные механизмы. Обратимся снова к групповым искам, которые, как известно, возникли в США согласно норме 23 Федеральных правил гражданского судопроизводства; в Италии данный институт регулируется весьма своеобразно. Как я уже отмечала, первая стадия установления допустимости иска аналогична процедуре удостоверения иска, но — и в этом как раз проявляется своеобразие — суду добавлена задача осуществить предварительную проверку по существу дела.

Следует заметить, что даже если некоторые новеллы, указанные выше, имеют место в правовых системах других стран, они — за исключением широко обсуждаемого института групповых исков — являются, скорее, «эхом» зарубежного опыта, чем прямым результатом глубоких правовых исследований сравнительного характера. Это может казаться несколько странным, учитывая долгую и выдающуюся традицию сравнительных исследований в Италии и тот факт, что некоторые итальянские ученые являются ведущими правоведами, занимающимися подобными исследованиями (вспомним Мауро Каппалетти и его флорентийских ученых или Михеля Таруффо, написавшего в соавторстве с Джеффри Хазардом первый проект Межнародных правил гражданского процесса), но следует отметить, что «незнание сравнительного права» все еще является «широко распространенной чертой итальянской процессуальной культуры, относящейся также к авторам реформ»¹.

5. Культура и гражданский процесс

Прежде чем ответить на эти вопросы, необходимо дать определение того, что мы называем культурой.

На протяжении веков концепция культуры оставалась расплывчатой и неустойчивой². Ее тяжело отличить от таких понятий, как, например, «традиция»³ (на деле культуру можно определить, отталкиваясь от исторической точки зрения, как совместное общественное наследие или традиция).

¹ Taruffo, *Recent and current reforms of civil procedure in Italy* // Trocker-Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, p. 228.

² Слово имеет латинские корни, происходит от *cultura*, в свою очередь образовано от *colere*, которые связаны с возделыванием земли, но в 1952 г. Кребер и Клухольн (*Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, New York, 1952) собрали вместе 156 определений, которые классифицировали по шести контекстам (описательному, историческому, нормативному, генетическому, структурному и психологическому).

³ По концепции традиции см.: Berizonce and Ferrand, *Report // Model Laws and National Traditions, XIV IAPL World Congress, Heidelberg, 2011*, p. 5 sqq.

Оксфордский словарь английского языка определяет традицию как «отличительные идеи, обычаи, социальное поведение, материальные ценности, или образ жизни определенного общества, народа или эпохи». Это широкое понятие культуры, частью которой является правовая культура, определяемая Лоренсом Фридманом как «идеи, ценности, взгляды и поведение людей в некотором обществе относительно права и правовой системы»¹.

По моему мнению, культура, как в общем, так и правовая, воздействует на гражданский процесс². Идея, конечно, не нова. Австрийский процессуалист Франц Кляйн в 1901 г. подчеркивал, что «убогое, бесплодное, запущенное состояние гражданского процесса... тесно связано с интеллектуальной деятельностью народов; и ее разнообразное проявление имеет место среди важнейших документов человеческой культуры».

Но не только производство по разрешению споров «является частью отражения культуры, в которой оно разработано»; помимо этого оно немаловажным образом влияет на общество и культуру³. Так, гражданский процесс, с одной стороны, отражает культуру, в которой он применяется, а с другой — некоторым образом влияет на нее.

Данный вывод верен и для итальянской системы гражданского судопроизводства.

Очевидный пример: разница между кодексами 1865 г. и 1942 г. Первый ГПК объединенной Италии, сконцентрированный на контроле сторон и формальных правилах, отражал структуру общества XIX в., в то время как Кодекс 1942 г., установивший активную роль судьи, показал новые социальные потребности XX в.

Интересным из последних примеров является механизм групповых исков. В данном случае мы сталкиваемся с правовой трансплантацией, заимствованной из иной правовой культуры. Тот факт, что институт чужд итальянской культуре, с одной стороны, повлиял на его регулирование (итальянские нормы во многом отличны от американских и призваны в некоторой степени ограничить применение института) и применение судами (все иски, кроме одного, до сих пор отклонялись). Но, с другой стороны, факт того, что данный механизм был утвержден, несомненно, окажет определенное воздействие на правовую культуру (первым знаком изменений, вероятно, стало то обстоятельство, что единственный групповой иск был признан действительным лишь после того, как Апелляционный суд признал его таковым, отменив обратное по смыслу решение нижестоящего суда).

Другой недавний пример касается модели медиации, введенной в 2010 г. Декретом № 28. Законодатель использует незнакомый итальянской правовой традиции термин «медиация» и применяет определения, явно образованные в рамках американского APC. Тем не менее итальянская модель посредничества, основанная на посреднических органах, контролируемых государством через включение их в реестр, сильно отличается от американской, опирающейся на профессионалов, чья квалификация не определяется государством.

¹ L.M. Friedman, *Is There a Modern Legal Culture?* // *Ratio Juris*, 1994, p. 117.

² Литературы, касающейся взаимосвязи между гражданским процессом и культурой, огромное количество. Среди прочих см.: Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil procedure* // 69 *Michigan L. Rev.*, 1971, 847 sqq.; O.G. Chase, *Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform* // 45 *The American Journal of Comparative Law*, 1997, 861 sqq.

³ O.G. Chase, *Law, Culture and Ritual*, New York, 2005, p. 2.

Виктория Харшаги (*Viktória Harsági*)¹

ВЕНГЕРСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

ВНИЗ ИЛИ ВВЕРХ ПО ТЕЧЕНИЮ: ВЛИЯНИЕ РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР НА ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС ВЕНГРИИ²

Корни венгерского народа уходят в Азию, наши предки когда-то жили в районе Уральских гор. В IX в. эти люди азиатского происхождения нашли новую родину на Карпатской низменности. Первый король Иштван (Стефан) Святой принял историческое решение, когда, получив корону от папы римского Сильвестра II, решил принять западное христианство. Так он привязал страну к западноевропейской культурной среде на последующие века. Несмотря на это, венгерская история и культура всегда находились под сильным влиянием географического фактора, поскольку Венгрия расположена на границе нескольких значительных культур, зажата между народами, говорящими на славянском и германском языках, далеко от родственных народов, говорящих на родственном языке. В сложившейся ситуации страна пыталась найти собственный путь, испытывая при этом давление западной и восточной культур. Поэт Эндре Ади сравнивает Венгрию с паромом: «...даже в самых смелых своих грезах она продолжает курсировать меж двух берегов: от Востока к Западу, или, скорее, наоборот. Почему они лгали о том, что паром на самом деле — мост... — Мост»³. Поэт пришел к такому выводу не просто так, на границе Востока и Запада страна всегда брала на себя роль посредника между культурами. На территории исторической Венгрии жило множество национальностей, сегодня их число значительно сократилось. Представители многочисленных конфессий в настоящее время также проживают бок о бок и во взаимодействии друг с другом. Это придает стране культурное разнообразие. На протяжении всей своей культурной истории венгерский народ заимствовал из разных источников, часто даже ненамеренно, в силу исторических причин, не мог избежать влияния стремительных процессов, идущих извне.

Что касается исторического развития венгерского гражданского процесса, то нельзя говорить о его последовательном развитии как о развитии правовых систем стран Западной Европы. Линия развития прерывалась; венгерская модель гражданского процесса претерпевала многочисленные изменения, не хватало равномерности и последовательности развития, которое часто прерывалось под воздействием новых веяний⁴. В целом можно утверждать, что фундамент был заложен под влиянием западной культуры, все другие факторы наслаивались на него, в том числе и идеология социалистического времени и современной глобализации. Таким образом, прихо-

¹ Профессор Католического университета Петера Пазманы (*Pazmany Peter Catholic University*) (Венгрия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен И. Дибировым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ Оригинальная венгерская версия: *Kompország, Kompország, Kompország: legképességeiből álmaiban is csak mászkált két part között: Keletről Nyugatig, de szívesebben vissza. Miért hazudták, hogy a komp — híd [...] (Ady Endre, Ismeretlen Korvin-kódex margojára).*

⁴ Géza Magyary, *Magyar perjogi reformmozgalmak // Összegyűjtött dolgozatai / Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1942, p. 15.*

дится иметь дело со специфической многослойной культурой, а через нее с правом, которое также зародилось на пересечении зарубежных правовых культур. Речь идет о системе гражданского процессуального права, основанной на романо-германской правовой системе, а точнее, на немецко-австрийском гражданском процессе, которая до сих пор имеет некоторые отличительные признаки социалистического наследия. С ведением демократических реформ ее все чаще характеризуют как западную; сближение правовой системы с западными культурами (в большинстве случаев с правом ЕС) началось еще в 1990-х гг.

I. Историческая характеристика венгерского гражданского процесса

В эпоху царей династии Арпадов (1000–1301) венгерский гражданский процесс можно было характеризовать как находящийся под сильным германским влиянием¹. Во время правления Анжуйской династии (1308–1395) уже можно было заметить черты нового влияния. Карл Роберт провел основательные реформы гражданского процесса; он включил *норманские институты процессуального права* в законодательство Венгрии². На этой основе венгерский гражданский процесс *развивался с высокой степенью независимости* на протяжении веков. Возможно, нет никакого другого периода в истории венгерского гражданского судопроизводства, в течение которого процессуальное право могло бы развиваться независимо, без всякого иностранного влияния, как в период от Анжуйской династии до середины XIX в. Именно в этот период гражданский процесс принял вид правового механизма, во многих аспектах отличающегося от иностранного права, с присущими только ему чертами. Согласно описанию Гезы Мадьяри, «его отличительные черты заключаются в том, что он все больше и больше теряет свой средневековый характер и активно приближается к гражданской процессуальной системе, которая развивалась в Германии XIV в. в результате рецепции гражданского процессуального права Верхней Италии, и которая была в основном представлена в виде гражданских процессуальных кодексов, подготовленных для так называемых высших судов (*Kammergericht*). Тем не менее это произошло так незаметно, путем стольких изменений, что нельзя говорить о рецепции того или иного церковного процессуального права»³.

Таким образом, гражданское процессуальное право Венгрии не является исключительно национальной разработкой; оно развивалось под влиянием западных институтов, это в свою очередь является прямым результатом того, что Венгрия с древнейших времен относилась к западной культурной среде. Вместе с тем гражданский процесс Венгрии *не есть просто результат рецепции*. Венгрия

¹ См.: Magyary, *cit.*, p. 12–13.

² Imre Hajnik, *A magyar bírósági szervezet és a perjog az Árpád- és vegyesházi királyok alatt* / Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1899, p. 215–220.

³ Тот факт, что последние признаки средневековой доказательственной системы исчезли из венгерского гражданского процессуального права, и тот факт, что гражданский процесс начиная с XVII в. основывается на началах письменности, следовало бы приписывать влиянию немецких *Kammergerichts-Ordnungs* (Magyary, *cit.*, p. 13; Géza Magyary, Endre Nizsalovszky, *Magyar polgári perjog*, Budapest, Franklin Társulat Kiadása, 1942, p. 23).

не просто заимствовала зарубежные процессуальные институты, а принимала их после существенных доработок, удовлетворяющих ее собственным требованиям¹.

В результате установления более тесных отношений с Австрией в XIX в. венгерский гражданский процесс снова попал под сильное влияние иностранного права, т.е. австрийского, а через него соответственно германского права. После подавления революции 1848 г. и борьбы за свободу Венский суд ввел в действие *австрийский Кодекс гражданского судопроизводства*, который действовал до 1861 г.

Так, обновление феодального гражданского процесса в Венгрии произошло после Австро-Венгерского соглашения 1867 г. При этом палата представителей понимала, что разработка нового гражданского процессуального закона заняла бы значительное время; таким образом, был принят Акт 1868 г. о Кодексе гражданской юстиции *временного характера*². Несмотря на это, он оставался в силе до 1915 г.³ Акт регламентирует гражданский процесс и правоприменение и устанавливает два типа гражданского судопроизводства: для районных судов в отношении дел небольшой сложности — менее сложный, менее формализованный, по большей части устный и ускоренный процесс; для высших судов — так называемый обычный процесс, основанный на строгой письменной форме⁴. Принимая Кодекс гражданской юстиции 1868 г., законодатель опирался на австрийский процесс. В то же время влияние австрийского гражданского судопроизводства ограничивается только процессуальными моментами, что касается законов Венгрии относительно устройства судов, оно выражено менее явно, поскольку в данной области имело место влияние бельгийского законодательства⁵.

Закон XVIII 1893 г. в упрощенном порядке ввел в венгерское гражданское судопроизводство процессуальные институты, основанные на принципах устности, непосредственности и свободной оценке доказательств. Некоторые называют этот закон «предшественником» венгерского Гражданского процессуального кодекса⁶.

II. Рождение современного венгерского Гражданского процессуального кодекса (1911)

В начале XX в. произошел поворотный момент в истории ГПК Венгрии. Место устаревшего Кодекса 1868 г., основывавшегося на началах письменности, устанавливавшего косвенный метод и заранее определенную систему доказывания, занял новый ГПК 1911 г. Предшествующая принятию Кодекса разработка длилась почти

¹ Magyary, Nizslovsky, *cit.*, p. 23; István Novák, *Első magyar polgári eljárásjogunk — Hommage à 1911:I. tc.* // *Bírák Lapja*, 1996/1—2, p. 155.

² Fabinyi Tihamér, *A Polgári perrendtartás törvénye és joggyakorlata*, Budapest, Grill Károly Könyvkiadó-vállalata, 1931, p. 1.

³ László Gáspárdy, *Die Grundsätze des ungarischen Zivilverfahrensrechts* // Nakamura, Fasching, Gaul, Georgiades (eds.), *Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtenkenner in attischer Dialektik*, Athen, Ant. N. Sakko-ulas Verlag, Eunomia Verlag, 2003, p. 318; Miklós Kengyel, Viktória Harsági, *Civil Justice in Hungary*, Tokyo, Jigakusha, 2010, p. 5—6.

⁴ Jenő Szilbereky, *Bevezető* // Jenő Szilbereky, László Névai (eds.), *A polgári perrendtartás magyarázata*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1976, p. 17.

⁵ Magyary, *cit.*, p. 14.

⁶ Tamás Gyekiczky, *A magyar polgári perjog története* // Zsuzsa Wopera (ed.), *Polgári perjog — Általános rész*, Budapest, Complex, 2008, p. 50.

25 лет. Длительная работа привела к созданию «гражданского процессуального кодекса, широко признанного на общеевропейском уровне, который благодаря Шандору Плосу сочетает в себе элементы длительного влияния немецкого гражданского процесса, основанного на либерально-капиталистических началах, и австрийского кодекса 1895 г., реализовавшего идеал общественного гражданского дела»¹.

Палата представителей поручила министру юстиции уже в 1880 г. подготовить проект нового ГПК, который основывался бы на началах устности, непосредственности и гласности. Однако законопроекты, опубликованные в 1885 г., один из которых был подготовлен Корнелем Эммером, взявшим за основу французский Кодекс², а другой — Шандором Плосом — по немецкой модели³, не были представлены Парламенту⁴. Позже Ш. Плос разработал новый законопроект и в 1902 г. представил законодательному органу полноценный акт по гражданскому процессу. Но и ему не суждено было стать новым ГПК. Правительство вновь представило парламенту законопроект, неоднократно пересматриваемый в 1907 и 1910 гг., который в конце концов был принят и введен в действие как Закон I от 1911 г.⁵

ГПК 1911 г., бесспорно, оказался одним из лучших продуктов европейской правовой мысли этой эпохи. Его разработчики, видимо, видели свою цель в том, чтобы путем использования современных принципов обеспечить возможность соблюдения прав участников процесса в рамках эффективного и относительно недолгого разбирательства, и вместе с этим предотвратить затягивание дел недобросовестными действиями сторон. Для этих целей была разработана система концентрированного судопроизводства. Это позволило, с одной стороны, ввести в действие *базовые принципы*, сложившиеся в процессе правового развития в XIX в. (устное разбирательство, гласность, свободная оценка доказательств), а с другой — установить актуальное *сотрудничество между судом и сторонами*, обеспечивая тем самым уважение к свободе сторон распоряжаться своими процессуальными правами, но в то же время, усилив активную роль судьи, оставляя за ним управление делом во избежание его затягивания. Что касается представления доказательств, то здесь в целом реализовывался принцип состязательности, но закон все же давал судье относительно широкие возможности в истребовании доказательств *ex officio*. Относительно районных судов ГПК устанавливал обязанность суда давать соответствующие инструкции стороне, не имеющей представителя. Поскольку в высоких судах, региональных апелляционных судах и курии действовала адвокатская монополия, это требование было актуально лишь для районных судов. Кардинально новыми были положения ГПК 1911 г., обязывающие стороны и их представителей говорить только правду и наиболее точно и запрещающие давать ложные показания⁶.

¹ Miklós Kengyel, *A polgári eljárásjog jelene és jövője* // Györffy Ilona Benisné (ed.), *Ötödik magyar jogászgyűlés*, Budapest, Magyar Jogász Egylet, 2000, p. 233.

² Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, Budapest, Osiris, 2003, p. 156.

³ Magyary, Nizsalovszky, *cit.*, p. 30.

⁴ См.: István Varga, *Foreign Influences on the Hungarian Civil Procedure Law* // Masahisa Deguchi, Marcel Storme (eds.), *The Reception and Transmission of Procedural Law in the Global Society*, Antwerpen, Maklu, 2008, p. 277.

⁵ Gyula Törffy, *A Polgári Perrendtartás Törvénye és Joggyakorlata*, I. kötet, Budapest, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1927, p. 2; László Névai, *A magyar polgári eljárásjog fejlődése* // Salamon Beck, László Névai (eds.), *Magyar polgári eljárásjog*, Budapest, Tankönyvkiadó, 1959, p. 53.

⁶ Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 234.

Затянувшаяся разработка ГПК способствовала тому, что законодатель мог лучше ознакомиться не только с основными гражданскими процессуальными законами последней трети XIX в., но и с особенностями их рецепции. Закон характеризуется довольно сильным влиянием *немецкого и австрийского гражданского процесса*¹, однако были также осторожно использованы французские и английские процессуальные институты². В длительном обосновании ГПК 1911 г. было сделано примерно 120 отсылок по большей части к немецкому, австрийскому, французскому, а также к итальянскому, женеvскому и бельгийскому гражданским процессуальным кодексам³. Новый закон явил собой совокупный результат прогрессивных европейских кодексов гражданского судопроизводства, который «стремился заключить в себе важнейшие институты и лучшие решения»⁴, ими уже предложенные.

Кодификация венгерских процессуальных норм, начавшаяся в 1880-х гг., основывалась на немецком ГПК 1877 г. и французском процессуальном Законе 1806 г. Ш. Плосц подготовил свой первый проект на основе немецкого ГПК. Влияние австрийского гражданского процессуального законодательства, которое вновь начало проявлять себя в начале 1990-х гг., впервые было отражено в пояснительных документах к законопроекту 1902 г.⁵ Все, что после основательной критики осталось, по мнению законодателя, наиболее значимым и ценным в немецком и австрийском судопроизводствах, было им включено в закон. Тем не менее было бы ошибочно предполагать, что составление закона ограничивалось всего лишь переносом в него немецких и австрийских достижений в области процесса. Многие положения оригинальны по своей концепции, много вопросов решено в независимом порядке⁶. Дистанцирование от немецкой доктрины объясняется тем, что профессиональная общественность предпочла, чтобы были воплощены идеалы английского и французского судопроизводства. Практическое воплощение современных принципов гражданского процесса пришло в Венгрию в первую очередь через кодексы германских государств, на которые в свое время тоже оказали влияние французские идеи. Несмотря на то, что самые существенные процессуальные принципы были восприняты изначально из немецких источников, можно утверждать, что эти принципы были усовершенствованы венгерским правом в рамках независимой системы. Но в развитие венгерского права также внесли значительный вклад гибкие положения французского *Code de procédure civile*, касающиеся основных принципов

¹ János Németh, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf die Rechtsordnungen der osteuropäischen Länder* // Walther J. Habscheid (ed.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, Giesekeing, 1991, p. 254–281; Miklós Kengyel, *Der Einfluss der österreichischen Zivilprozessordnung auf die ungarische Kodifikation* // Bittner, Klicka, Kodek, Oberhammer (eds.), *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien, Springer, p. 246–249; Kengyel, Harsági, cit., p. 5.

² Magyary, Nizsalovszky, cit., p. 23–24.

³ Частые ссылки говорят об интенсивности зарубежного влияния: 45 ссылок на немецкий ГПК 1877 г., 40 ссылок на австрийский ГПК 1855 г., 22 ссылки на французский гражданский процессуальный закон, восемь — на итальянский закон, четыре ссылки на женеvский ГПК 1812 г., три ссылки на бельгийский Закон 1876 г. (Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 153; Eiusdem, *Der Einfluss der österreichischen Zivilprozessordnung auf die ungarische Kodifikation* // Bittner, Klicka, Kodek, Oberhammer (eds.), *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Wien, Springer, p. 241).

⁴ Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 158.

⁵ Miklós Kengyel, *Külföldi hatások a 20. század magyar polgári eljárásjogában* // Daisy Kiss, István Varga (eds.), *Magister artis et aequi. Studia in honorem Németh János*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2003, p. 419.

⁶ Magyary, cit., p. 14–15.

гражданского судопроизводства. Ощутимое влияние на венгерскую кодификацию гражданского процесса оказал австрийский ГПК 1895 г., который на границе веков придал положениям закона существенно новую форму. Помимо общего воздействия относительно принятия отдельных норм и правовых институтов (активная роль судьи, расширенные полномочия судьи *ex officio*, обязанность говорить правду и проч.) он смог отразить в венгерском ГПК общественные идеалы австрийского гражданского судопроизводства¹.

III. Влияние советского гражданского процесса

В 1952 г. был принят новый ГПК². Закон был принят за пять лет до кодификации материального права. Часть III, хотя в нее внесли 11 масштабных поправок и более 60 других изменений за последние 60 лет, до сих пор остается в силе.

В период с 1945 по 1949 г. в Венгрии произошли крупномасштабные организационные изменения в экономике, политике и системе правосудия. Рыночные отношения между национализированными компаниями — «социалистическими организациями» — были упразднены, споры, возникающие между юридическими лицами в связи с осуществлением экономической деятельности, разрешались арбитражными комиссиями в соответствии со специальными процессуальными нормами, а позднее — так называемыми экономическими арбитражными комиссиями³. Сфера применения частного права крайне сузилась в течение нескольких лет. В силу отказа от частной собственности и рыночной экономики число возможных частноправовых споров уменьшилось, уступив место в частноправовых отношениях незначительным по цене спорам между физическими лицами⁴. Административная юстиция была ликвидирована; правовые споры, возникающие в рамках отраслей права, связанных с трудовыми организациями, вышли за пределы судебной компетенции. Именно за счет вышесказанного существенно сократилась сфера применения положений гражданского судопроизводства, для которого разрабатывался ГПК⁵.

На основе некоторых источников научной литературы в 1952 г. в принудительном порядке в Кодекс 1911 г. были внесены изменения, резко сократившие его применение, однако изначальная концепция, на которой он строился, была сохранена⁶. На деле в новый Закон вошли 792 раздела из старого ГПК, к которым были добавлены определенные положения из советских ГПК 1923 г. и Закона

¹ Miklós Kengyel, *Külföldi hatások a 20. század magyar polgári eljárásjogában* // Daisy Kiss, István Varga (eds.), *Magister artis et aequi. Studia in honorem Németh János*, p. 420–421; Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 157, 164–165; ср.: Sándor Plósz, *Die Prozeßleitung des Gerichts nach der neuen Zivilprozeßordnung* // *Recht und Wirtschaft*, 1912, p. 392–398.

² См. подробнее: Miklós Kengyel, *Die Zukunft des ungarischen Zivilprozeßrechts nach der Zivilverfahrens-Novelle 1999* // *ZZPInt* 5 (2000), p. 361; Kengyel, Harsági, *cit.*, p. 7.

³ Gyekiczky, *cit.*, p. 52–53.

⁴ Attila Horváth, Csaba Kabódi, Barna Mezey, László Pomogyi, *A perjogok története* // Barna Mezey (ed.), *Magyar jogtörténet*, Budapest, Osiris, 2003, p. 408.

⁵ László Gáspárdy, *Quo vadis Hungarian Civil Procedure Law?* // *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, p. 2671.

⁶ János Németh, *Polgári perjogunk a XX. század végén* // Gábor Máthé (ed.), *Negyedik magyar jogászyűlé*, Budapest, 1998, p. 69.

о судеустройстве 1938 г.¹ Иштван Варга описывает сложившуюся ситуацию следующим образом: «нарушение традиции без отказа от нее»².

ГПК 1952 г. *имел много связей со старым ГПК*: они были весьма схожи по структуре и немного по содержанию (например, в регулировании проведения судебных заседаний). Согласно Кендью, «структурные изменения, внесенные под советским влиянием (двухуровневая система правосудия, одноуровневая апелляция и т.п.), могли бы быть установлены и при старой структуре кодекса». Статьи об основополагающих принципах располагались в начале Закона. В основном жертвами сокращения венгерского ГПК 1911 г. стали особые процедуры. Несмотря на структурное сходство нового и старого законов, существенные изменения были внесены в структуру самого гражданского дела. Закон 1911 г. делил рассмотрение дела на две части: досудебное слушание и разбирательство по существу. В противоположность этому новый ГПК рассматривал данные этапы как целостный процесс³.

Основные нововведения в Закон 1952 г. выглядят следующим образом: преимущественное значение материальной истины, пересмотр принципа контроля дела сторонами, ограничение деятельности представителей, изменение статуса районных судов на суды общей юрисдикции, введение двухуровневой системы правосудия с одноуровневой апелляцией, унификация апелляционной системы путем упразднения возможности подачи прямых апелляционных жалоб на судебные постановления в Верховный суд, упразднение системы пересмотра и введение вместо нее протеста на законных основаниях. Закон, разработанный в эпоху диктатуры, отражает изменения в организации судебной системы и судебного преследования, основанные на советской модели и ликвидации судов общей юрисдикции. Была усилена роль прокурора в гражданском судопроизводстве и введена система судебных ассессоров.

Советское влияние четче всего проявляется в установлении в Законе *основополагающих принципов*: законодатель принял текст советского ГПК в этой части почти слово в слово⁴. Подход советского гражданского процесса характеризовался «культурой основополагающих принципов», что привело к возрастанию их значимости, так как именно в них отражалась господствующая идеология данной эпохи. Монополия суда на правосудие применялась непоследовательно, значение судебной системы было переосмыслено. Суд не был ограничен требованиями сторон; доминирующее положение судьи в процессе было очевидно. Принцип контроля процесса сторонами также был реализован ограниченно: суд, прокуратура, органы государственной власти обладали значительными правами на инициативной основе, принцип состязательности был отодвинут на задний план в пользу действий *ex officio*, целью советского судопроизводства было достижение «объективной истины». «Типично патерналистские формулировки в Законе давали ясно понять, что окончательное

¹ Horváth, Kabódi, Mezey, Pomogyi, *cit.*, p. 409.

² Varga, *cit.*, p. 278.

³ Miklós Kengyel, *Die Entstehungsgeschichte der fünfzigjährigen ungarischen Zivilprozeßordnung* // Nakamura, Fasching, Gaul, Georgiades (eds.), *Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtdenker in attischer Dialektik*, Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, Eunomia Verlag, 2003, p. 715; Miklós Kengyel, *Az övenéves Polgári perrendtartás — a törvény keletkezésétől a rendszerváltásig* // Miklós Kengyel (ed.), *50 éves a Polgári perrendtartás*, Pécs, Dialóg Campus, 2003, p. 100—101; Szilbereky, *cit.*, p. 20.

⁴ Miklós Kengyel, *Die Entstehungsgeschichte der fünfzigjährigen ungarischen Zivilprozeßordnung* // Nakamura, Fasching, Gaul, Georgiades (eds.), *Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtdenker in attischer Dialektik*, p. 718.

решение относительно интересов сторон принимал суд... Они также включали в себя общественный интерес (т.е. защиту коллективной собственности)»¹. Согласно требованиям закона судья не должен был исходить из того объема фактов и доказательств, которые предоставили стороны. Вместо этого ему надлежало принять все необходимые меры, установленные законом, для выявления истинных обстоятельств дела. В принципе в ГПК 1952 г. четко прослеживается усиление роли судьи за счет ограничения прав сторон. Закон теперь делил контроль над процессом между сторонами, судьей и прокурором. В результате такого разделения, традиционный принцип контроля сторон потерял прежнее значение, так как все процессуальные действия сторон отныне осуществлялись под надзором суда и прокурора².

ГПК действовал более 40 лет, пока переход к принципу верховенства закона не был законодательно установлен четырьмя соответствующими законами о поправках. Разработка первого Закона о поправках 1954 г. была обусловлена изменениями в организации правосудия. Поправки касались участия прокурора в деле, полномочий и состава судебных коллегий, роли Верховного суда, сферы полномочий его председателя, а также института обжалования судебных решений и коренного изменения апелляции. Помимо этого Закон о поправках 1954 г. отразил стремление законодателя приблизить венгерский ГПК к советской модели ГПК 1923 г. Этой цели служило как раз коренное изменение апелляционного процесса. Несмотря на то, что поправки вносились согласно советской процессуальной модели, они представляют собой все же косвенное принятие модели царской России, а при более детальном анализе — классической, но устаревшей французской модели³.

Несоответствия, явившиеся результатом первого пакета поправок, были устранены Законом о поправках 1957 г. В нем предусматривались соответствующие гарантии, согласно которым принцип состязательности начал реализовываться более уверенно, понятие истины было частично пересмотрено, однако к уменьшению степени этатизма это не привело. Величайшим достижением второго Закона о поправках стало восстановление старой системы апелляции. Несомненно, из четырех попыток, нацеленных на обновление основ социалистического гражданского процесса, именно третий Закон о поправках 1972 г.⁴, призванный упростить процесс, установил судебное разбирательство с единоличным судьей и усовершенствовал правила относительно правового статуса прокурора. Он ввел экономическую и трудовую юстицию. Нововведения также коснулись отношений между сторонами и судом; однако решительных отступлений от доминирующей роли судьи не предусматривалось. Позднейшие поправки социалистической эпохи не смогли превзойти успех Закона 1972 г.⁵

¹ Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 277–278.

² Miklós Kengyel, *Changes in the Model of Hungarian Civil Procedure Law* // András Jakab, Péter Takács, Allan F. Tatham, *The Transformation of Hungarian Legal Order 1985–2005*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, p. 353–354.

³ Подробнее см.: László Gáspárdy, *Ötvenéves a Polgári perrendtartás* // Zsuzsa Wopera (ed.), *50 éves a Polgári perrendtartás*, Miskolc, Novotni Alapítvány, 2003, p. 10–11.

⁴ László Gáspárdy, *Quo vadis Hungarian Civil Procedure Law?* // *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, p. 2671–2672.

⁵ Miklós Kengyel, *Changes in the Model of Hungarian Civil Procedure Law* // András Jakab, Péter Takács, Allan F. Tatham, *cit.*, p. 354–355.

IV. Демократические политические преобразования, столкновение с проблемами глобализации

Рыночная экономика и верховенство права, непрерывно реализуемые с 1990-х гг., оказались задачами, непривычными для законодателя и правоприменителя ни с качественной, ни с количественной точки зрения. За короткий период времени число дел в судах значительно увеличилось. Начали рассматриваться ранее неизвестные суду споры, а некоторые малоизвестные виды споров приобрели особое значение (напр., корпоративные, административные споры). Радикальным изменениям подверглась также организационная система судов. После долгого периода созревания создается четырехуровневая система судов: апелляционные суды, имеющие глубокие корни в венгерской правовой истории, вновь начинают действовать¹. В 1990-х гг. законодатель делает попытку обновить ГПК 1952 г. путем неоднократных поправок в соответствии с новыми целями и принципами судопроизводства². До сих пор без ответа остается вопрос о том, возможно ли таким способом (другими словами, «наполняя старую флягу новым вином») достичь верховенства закона, установленного в Кодексе, который был разработан в рамках диктатуры в соответствии с идеологией социалистической системы. Кодификации нового ГПК, однако, все еще предстоит ждать.

1. Изменения, внесенные в соответствии с решениями Конституционного суда

«В бурно меняющейся правовой среде постоянная работа судов значительно способствовала формированию содержания гражданских процессуальных норм»³. Кроме того, следует также указать на огромное число решений Конституционного суда, существенно повлиявших на гражданский процесс. Отметим самые важные из них.

Под воздействием Решения № 32/1990 (XII. 22) АВ Конституционного суда в 1991 г. был разработан Закон о распространении судебного пересмотра на административные решения. Решением Конституционного суда № 9/1992 (I.30) АВ протест на законных основаниях был признан не соответствующим Конституции. Вместо протеста на законных основаниях, упраздненного вышеуказанным решением, в 1993 г. был введен институт пересмотра. Первая брешь в социалистической модели управления разбирательством была проделана именно Конституционным судом. Решение № 1/1994 (I.7) АВ резко расширило процессуальные права сторон и ограничило роль прокурора в соответствии с принципом верховенства закона. Конституционный суд признал полномочия прокурора в рамках гражданского судопроизводства самостоятельно возбуждать дела, вступать в них и инициировать апелляцию, а также пересмотр окончательных судебных решений, неконституционными.

2. Переосмысление основных принципов

Усовершенствовав принципы состязательности и контроля процесса сторонами, шестой Закон о поправках (1995 г.) существенно изменил отношения между

¹ Imre Szabó, *Előszó* // Imre Szabó (ed.), *A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény magyarázata*. I. kötet, Budapest, Magyar Hivatalos Közlönykiadó, 2006, p. 5.

² Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 20.

³ Szabó, *cit.*, p. 6–7.

судом и сторонами. Согласно решению Конституционного суда № 1/1994 (I.7) АВ ограничение суда требованиями и ходатайствами сторон, отступление от которых возможно только в случаях, предусмотренных законом, стало основным принципом гражданского судопроизводства. Помимо изменения назначения гражданского судопроизводства «затемнение роли судьи» было воспринято в научной литературе как еще один существенный элемент изменения процессуальной модели между 1995 и 2000 гг. Одним из самых главных достижений реформы 1995 г. стала новая формулировка принципа контроля сторон над процессом¹. Закон также установил обязанность представлять факты и доказательства на новой основе. Возможность требовать доказательства *ex officio* значительно сузилась до рамок, установленных законом. С помощью этих положений закону удалось полностью реализовать принцип состязательности, установив в качестве исключительной задачи сторон доказывание фактов, на которые они ссылаются, что, однако, имеет своими корнями не ГПК 1911 г., а модели либеральных гражданских процессуальных кодексов XIX в. Впрочем, законодатель не внес изменений, касающихся назначения судебного разбирательства, поэтому положения, обязывающие суд установить истину по делу, все еще остаются в силе. С данной задачей невозможно справиться без права истребования доказательств *ex officio*. Это противоречие в конечном счете было разрешено законодателем в результате пересмотра цели разбирательства в 1999 г. Согласно поправке в § 1 ГПК целью судопроизводства было уже не установление истины, а обеспечение беспристрастного разрешения правовых споров в рамках судебных заседаний (в основном в соответствии с требованиями, предъявляемыми в ст. 6 Европейской конвенции о правах человека и основных свобод).

3. Основные изменения, вытекающие из международных соглашений

«Разумный срок» как профессиональный термин был введен в венгерский ГПК в 1993 г. Уточняя задачи суда, § 2 (1) обеспечивает *справедливое судебное разбирательство и разрешение дела в разумные сроки*. Оба принципа уходят корнями в ст. 6 упомянутой выше Конвенции, подписанной в Риме 4 ноября 1950 г., которая устанавливает «право на справедливое судебное разбирательство». Европейский суд по правам человека несколько раз принимал решение о том, что дело заявителя не было рассмотрено венгерскими судами в разумные сроки.

Венгерский законодатель в течение последних 20 лет сделал несколько попыток увеличить эффективность судопроизводства. Одной из таких попыток является Закон о поправках 1999 г., который предусмотрел определенные временные ограничения для судов. К этому же периоду относятся нормы, согласно которым стороны могут потребовать компенсации, если их право на справедливый суд и рассмотрение дела в разумные сроки были нарушены и не могут быть восстановлены в рамках апелляционного производства. Закон XIX 2006 г. ввел новый правовой институт: оговорку против задержки судебных заседаний. При совершенствовании венгерского правового регулирования моделью служили решения австрийского гражданского процесса.

¹ Miklós Kengyel, *Changes in the Model of Hungarian Civil Procedure Law* // András Jakab, Péter Takács, Allan F. Tatham, *cit.*, p. 358–360.

4. Влияние права Европейского Союза на венгерский гражданский процесс

Последнее, но отнюдь не малое влияние на гражданский процесс Венгрии оказало ее вступление в Европейский Союз. По всей вероятности, это не приведет к очередному изменению модели гражданского судопроизводства, но наряду с демократическими политическими реформами право ЕС оказало существенное воздействие на изменение гражданских процессуальных норм, как и норм других отраслей права, и установило соответствующие требования как к законодателю, так и к правоприменителю использовать подходы, коренным образом отличные от уже существующих¹. Что касается актов ЕС, государства-участники обладают лишь задачами законодательного или исполнительного характера, обусловленными прямым действием данных норм.

Одна из важных поправок, нацеленных на согласование законов и принимаемых в два этапа, относится к регулированию *электронных документов*. Несмотря на то что и правила были выработаны еще до вступления Венгрии в ЕС, законодателя в данной области вдохновило как раз право Союза. Летом 2001 г. венгерский парламент принял Закон об электронных подписях. Принятие данного акта², логически следующего из Директивы 1999/93/ЕС³, привело к комплексным поправкам в часть ГПК, касающуюся документов. Вторым этапом в данном направлении было установление правовых рамок для документов в электронном виде, что явилось необходимым для изменения порядка регистрации юридических лиц. Директивы 68/151/ЕЕС⁴ и 2003/58/ЕС⁵ подняли вопросы о документах юридических лиц на новый уровень. Акт LXXXI 2003 г. об онлайн регистрации юридических лиц и проверки документов компании в электронном формате заложил основы для создания государственных образцов электронных документов путем совершенствования нескольких законов⁶. Несколько лет спустя законодатель Законом LII 2009 г. об электронном предоставлении документов создал правовую основу для общего применения электронного предоставления документов в деле отправления правосудия. Одновременно с этим в ГПК была внесена новая глава, касающаяся электронной связи. Поправки должны были вступить в силу в разное время. В 2010 г. вступление поправок в силу было отложено.

Имея в виду будущее вступление в ЕС, венгерский законодатель с целью облегчить применение права Союза принял в 2000 г. Закон CX, приблизивший венгерские правила судопроизводства к тем, которые были установлены Брюссельской и Луганской

¹ Zsuzsa Wopera, *Effect of the European Community Law on the Hungarian Civil Procedure* // András Jakab, Péter Takács, Allan F. Tatham, *cit.*, p. 65.

² Закон XXXV.

³ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures // OJ L 013, 19/01/2000, p. 12–20.

⁴ First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community // OJ L 65 14/03/1968, p. 8–12.

⁵ Directive 2003/58/EC of the European Parliament and of the Council of 15 July 2003 amending Council Directive 68/151/EEC, as regards disclosure requirements in respect of certain types of companies // OJ L 221 04/09/2003, p. 13–16.

⁶ См.: Viktória Harsági, *Elektronische Urkunden als Beweismittel im ungarischen Zivilprozeß. Die Regelung der elektronischen Signatur in Ungarn im Spiegel der Signaturrechtlinie und im Vergleich zur deutschen Lösung* // WGO-Monatshefte für osteuropäisches Recht, 2003/4, p. 274–289; Kengyel, Harsági, *cit.*, p. 154–160.

конвенциями. Это касается и более позднего законодательства, в частности Постановления № 13 1979 г. «О международном частном праве» и отдельных процедурных правил, не относящихся к судебному разбирательству. Лишь малая часть вносимых поправок включается в ГПК. Так, например, Закон ХLI 2005 г. скорректировал некоторые нормы Закона об исполнении в направлении, более соответствующем нормам, уже существующим в данной области, с целью обеспечить исполнение судебных решений. Из законодательных актов, вносящих поправки к тексту ГПК — в соответствии с правом ЕС — достоин упоминания Закон XXX 2003 г., который имел своей целью упростить применение предварительного судебного решения. Закон XXXVI 2005 г. внес поправки, касающиеся правовых последствий бездействия сторон, связанных с нормами Регламента о вручении документов, который неоднократно изменялся в 2008 г. в соответствии с новым регламентом.

Закон LXXX 2003 г. о правовой помощи был разработан с тем, чтобы внести существенные изменения, касающиеся сокращения затрат, связанных с деятельностью по правовой гармонизации. Это произошло именно под влиянием права ЕС, предусматривающего внесение в венгерский ГПК нормы о полномочных агентах, оперирующих процессуальными документами. Принимая во внимание положение ЕС о принятом порядке оплаты, новые правила в 2010 г. были инкорпорированы в ГПК.

V. Заключение

Анализ событий, происходящих в странах Центральной и Восточной Европы, может пролить свет на тот факт, что проблемы, с которыми бывшие социалистические государства сталкиваются в процессе законотворчества при переходе к демократическому строю, похожи на те, с которыми уже сталкивались страны Западной Европы. В период «разрушения» власти судьи желаемого равновесия невозможно было достигнуть нигде, чрезвычайно преувеличенная либерализация довела до идеи «созерцающего судьи». Возникают некоторые сомнения: с одной стороны, в традиции нашего региона этого нет, с другой стороны, эти продукты законотворчества не вписываются в международные правовые тенденции¹. В Венгрии образ судьи, который формировался на протяжении социалистического периода, начиная с 2000 г. был отодвинут на задний план, но общественность недовольна ограниченной пассивной ролью судьи. Теория процессуальной справедливости, по сути, потерпела неудачу, так как участники ожидают от судьи стремления к выявлению истины по делу. Несмотря на то, что реформа, начатая в 2000 г., в какой-то мере приблизила венгерское право к модели системы общего права, было бы преувеличением утверждать, что венгерский гражданский процесс сильно обогатился чертами, характерными для судопроизводства стран общего права. «Центральные элементы гражданского процесса общего права не нашли себе места в венгерской системе и не стоят упоминания в качестве факторов, влияющих сегодня на гражданское судопроизводство»². Гражданское процессуальное право Венгрии принадлежит к континентальной правовой традиции; в ее же пределах, исходя из степени влияния, первоочередное положение занимает немецко-австрийское право,

¹ См.: Miklós Kengyel, *A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben*, p. 315–316.

² Varga, *cit.*, p. 285.

в меньше степени французское (по большому счету через германское), а позже советско-российское влияние.

Затем на данную основу наслоились изменения, внесенные в связи с переходом к социалистической идеологии. Последнее определило развитие венгерского гражданского процесса до периода демократических преобразований, более того, советское наследие ощутимо до сих пор. Некоторые сохранившиеся положения гражданского процесса социалистической эпохи не могут быть явно отнесены ни к романо-германской, ни к общеправовой системе. Однако сейчас в венгерском ГПК практически невозможно найти подобных норм, они постепенно исчезают из Кодекса с началом демократических преобразований. В них входят неоднократные попытки прошедших лет провести выделение экономических споров, или восстановление процедуры обязательных переговоров, поскольку в данном случае очевидно сходство с бывшей гл. V ГПК Венгрии, регулировавшей «спору между социалистическими организациями». Эта процедура далека от собственно цивилистического подхода, поскольку не имеет ничего общего с разрешением гражданских споров (*Handelsgerichtsbarkeit*), а напоминает скорее постсоветский арбитраж, являющийся правопреемником экономического арбитража. Что касается исполнения, то разницу между исполнительным листом и удостоверением на исполнение можно отметить в качестве пережитков социалистической эпохи¹. Данное номенклатурное различие Венгрия переняла из советского права в 1950-х гг. и до сих пор не может от него избавиться².

ГПК Венгрии, подвергшийся значительному изменению с момента вступления в силу, не следует единой концепции. После политических реформ ГПК столкнулся с проблемами принадлежности и поисков собственного места. В данный период развития может проследиваться возвращение как к немецко-австрийским корням, так и некоторая присущая Кодексу независимость. Еще одна часть изменений, внесенных в Кодекс, как говорилось выше, есть результат воздействия законодательных актов Европейского Союза.

Институт призыва сторон к мировому соглашению, который, скорее, является исключительным правовым явлением, что, однако, не означает, что его аналогов нет в общей или континентальной системах права, представляет собой уникальную черту права Венгрии. Приверженность к традициям привела после политических реформ к восстановлению апелляционных судов. В соответствии с международными тенденциями — с подачи англо-саксонского права — в Венгрии была введена медиация. Относительно низкий уровень принятия данной процедуры, характерный для Венгрии, создает значительные препятствия к ее распространению.

На сегодняшний день венгерский ГПК испытывает влияние лишь общей системы права. Положения общего права, возможно, подтолкнули венгерского законодателя обязать свидетелей раскрывать документы, находящиеся в их распоряжении³.

¹ Основываясь на собственном решении или утвержденном мировом соглашении, суд выдает исполнительный лист. Суд прикрепляет удостоверение на исполнение, например на нотариальные документы. Kengyel, Harsági, *cit.*, p. 185–186.

² István Vida, *A végrehajtás elrendelésével kapcsolatos jogorvoslatok* // János Németh, Daisy Kiss (eds.), *A bírósági végrehajtás magyarázata*, KJK, 2004, p. 213.

³ См.: Viktória Harsági, *Okirati bizonyítás a modern polgári perben*, Budapest, HVG-Orac, 2005, p. 58–60; Kengyel, Harsági, *cit.*, p. 150.

Данная обязанность также предписывалась третьим лицам, не участвующим в деле, Кодексом 1911 г. На самом деле данный институт был предусмотрен в Законе об упрощенном производстве 1893 г. Его истоки следует искать за пределами Европейского континента; Магьяри, изучая венгерский вариант классического правового института под названием *subpoena duces tecum*¹, подчеркивает английское влияние.

За полтора века венгерский гражданский процесс в сущности следовал за немецко-австрийской правовой культурой и ее изменениями. Немного меньшее воздействие оказывала французская правовая система. Среди прочего феномен влияния берет начало еще в конце XIX – начале XX в., когда наученный немецким и французским опытом венгерский законодатель выбрал модели дальнейшего развития. Другие культурные воздействия также в различной степени имели место на протяжении определенных исторических эпох, как, например, влияние советского права или менее выраженное влияние системы общего права. Как бы то ни было, чужеродным элементам удавалось лишь временно занять место в венгерском гражданском процессе, в конечном счете закрепиться надолго им не удавалось.

Сербан Вакарелу (*Serban Vacarelu*)²

РУМЫНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

МЕСТО РУМЫНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА³

I. Краткий исторический обзор румынского гражданского процесса

В основе современного румынского гражданского процесса лежит Гражданский процессуальный кодекс 1865 г., разработанный годом ранее после объединения Молдавского и Валашского княжеств. Кодекс был принят 9 сентября и вступил в силу 1 декабря 1865 г. Значительную роль в процессе разработки акта сыграло влияние французского законодательства: основой для него послужили французский ГПК 1842 г., французский Закон о судопроизводстве 1855 г.⁴ и ГПК Женевского кантона 1819 г., который также был принят в соответствии с французским ГПК 1806 г.⁵ Вобравший в себя либеральный дух французского ГПК, румынский Кодекс 1865 г., относительно ограничив роль судьи в судопроизводстве, предоставлял сторонам широкую автономию и контроль над процессом. Судья же главным образом руководил прениями тяжущихся, однако, без вмешательства⁶. Тем не менее судья имел право потребовать от сторон уточнения представляемых ими доводов, а также представления дополнительных доказательств, если считал это необходимым

¹ Magyary, Nizsalovszky, cit., p. 417.

² Преподаватель Маастрихтского университета (Нидерланды) (*Maastricht University*) (Румыния).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен И. Дибировым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

⁴ С.Е. Alexe, *Judecatorul in procesul civil, intre rol activ si arbitrar*, Bucuresti, C.H. Beck, 2008, p. 393.

⁵ См.: I. Les, *Tratat de drept procesual civil*, 5th ed., Bucuresti, C.H. Beck, 2010, p. 22.

⁶ Alexe, cit., p. 394.

для установления истины по делу¹. Хотя в теории судья и мог приказать исследовать дополнительные доказательства, требовать разъяснений сторон, свидетелей и экспертов и установить определенные изъятия в пользу публичного порядка², современные исследования практики говорят о том, что судьи весьма редко прибегали к действиям подобного рода³.

Судопроизводство в Старом Королевстве⁴ разительно отличалось от процессуального порядка в Трансильвании и Буковине, двух провинциях, входивших на тот момент в состав Австро-Венгрии. На этих территориях судопроизводство регулировалось австрийским ГПК 1895 г., который устанавливал слишком активную роль судьи в процессе⁵. Подобные процессуальные порядки применялись вплоть до 1938 г., даже после того как вышеуказанные земли присоединились к Старому Королевству в 1918 г.⁶ В Бессарабии⁷ гражданский процесс регулировался Уставом гражданского судопроизводства Российской Империи с 1864 по 1928 г.

В это же время в Старом Королевстве несколько внесенных в законодательство поправок постепенно расширяют роль судьи в процессе в более активную сторону. Реформа процессуального права 1900 г. предусматривала большие возможности вмешательства судьи в ход процесса, в частности, давала ему право *в силу занимаемой должности* ссылаться на определенные изъятия и нормы публичного порядка, обаяывая, однако, выдвигать данные вопросы на обсуждение сторонам⁸. При этом судья не мог в том же порядке ссылаться на факты, опровергающие иск (истечение исковой давности, рассмотрение уже решенного дела), в ситуации, когда это могло бы повлечь результатом приоритет защиты частных интересов перед интересами отправления правосудия⁹. Однако данные ограничения были впоследствии устранены законом 1908 г., который устанавливал **обязанность** судьи опять же в силу служебного положения ссылаться на факты, опровергающие иск, и предоставить сторонам обсуждать их при необходимости данных действий для эффективного отправления правосудия¹⁰.

Несколько последующих законов (наиболее примечательными из которых являются законы 1925, 1929 и 1943 гг.) еще больше расширили активную роль судьи в процессе, отняв у сторон возможность контролировать темпы судопроизводства и представлять доказательства. Законодатель инициировал данные изменения во имя большей эффективности и целесообразности в судебном разбирательстве:

¹ Alexe, *cit.*, p. 394.

² Ibid., p. 395

³ G.G. Mironescu, *Revizuirea Codului de Procedura Civila*, Bucuresti, Tipografia Gutenberg, 1901, p. 11.

⁴ Начиная с 1866 г. новое политическое образование Объединенного княжества Молдавии и Валахии становится монархией, поэтому далее в тексте будет использоваться название «Старое Королевство».

⁵ О роли судьи согласно австрийскому ГПК 1895 г. и подходе к судопроизводству по Францу Кляйну см.: R.R. Verkerk, *Fact Finding in Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Intersentia, 2010, ch. VII, p. 240–258. Также см.: C.H. van Rhee, *Introduction* // Uzelac, van Rhee (eds.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp, Intersentia, 2005, p. 11–14.

⁶ См.: Alexe, *cit.*, p. 396.

⁷ Бессарабия — восточная часть исторической Молдавской провинции. Сегодня значительная часть данной территории функционирует как независимое государство Республика Молдова, в то время как другая часть вместе с Буковиной (северной частью исторической Молдовы) принадлежит Украине.

⁸ Alexe, *cit.*, p. 399.

⁹ Mironescu, *cit.*, p. 12; Alexe, *cit.*, p. 399.

¹⁰ Alexe, *cit.*, p. 401.

«Действительно, [прежний] процесс оставлял сторонам слишком большую свободу в представлении доказательств и получении средств или актов, позволяющих применять такие доказательства. Подобная свобода не только неоправданно расширяла временные рамки судебного разбирательства, но также осаждала судью незначительными и побочными вопросами, отнимая у него время, которое могло бы быть потрачено на более значительные проблемы в деле разрешения спора по существу»¹.

Реформа судебной системы², предпринятая после 1945 г., внесла существенные изменения в гражданский процесс. Согласно реформе, апелляционное производство и апелляционные суды были упразднены³; проверка в кассации (*casare cu trimitere*) дополнялась проверкой в порядке надзора (*casare cu retinere*)⁴, в процессе которого суд надзорной инстанции мог вынести новое решение по существу вместо того, чтобы отменить предыдущее судебное постановление и направить дело на новое рассмотрение в нижестоящий суд; прокурору предоставлялось право вступать в дела на любой стадии разбирательства, а в некоторых случаях предполагалось его обязательное участие в них, помимо этого он мог вносить жалобы в вышестоящие суды⁵; Генеральный прокурор осуществлял надзор над судами, контролировал любое дело, подлежащее судебному рассмотрению, имея возможность инициировать так называемый исключительный пересмотр, изначально носивший название «пересмотр в надзоре», а позже — «пересмотр в аннулировании»⁶, который мог применяться по отношению к уже окончательно разрешенным делам; Высокий суд кассации и правосудия был переименован в Верховный суд (1948–1952), а позже в Верховный трибунал (1952–1991). Стоит заметить, что, несмотря на несколько других относительно незначительных изменений, предыдущий Гражданский процессуальный кодекс 1865 г. (с последующими изменениями и дополнениями) был сохранен в своем первоначальном виде⁷.

Во время коммунистического режима активная роль судьи в процессе усилилась и получила новое идеологическое обоснование. Показательными в этом смысле являются положения, относящиеся к праву председателя суда «обращаться с вопросами к сторонам или обсуждать любые вопросы факта или права, которые могут привести к разрешению дела, даже если они не были заявлены в требованиях или представлены в доводах. Он мог потребовать представить [любое] доказательство, которое счел бы нужным, даже если стороны выступят против этого»⁸. Более того, «судьи обязаны всеми разрешенными законом средствами достичь истины по делу и не допустить какой-либо ошибки в установлении фактов; они оказывают сторонам активную поддержку в защите их прав и интересов. Судьи должны принимать решения только

¹ Закон 1925 г. Приблизительный перевод.

² Введено Законом № 341 1947 г.

³ Закон № 5 1952 г.

⁴ Указ № 471 1957 г.

⁵ Указ № 38, изд. 1959 г.

⁶ См. Указ № 470, изд. 1958. См. также: S. Spinei, *The Romanian Legal Profession* // Uzelac, van Rhee (eds.), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Antwerp, Intersentia, 2011, p. 42.

⁷ Кодекс был лишь официально приведен в надлежащую форму Законом 1948 г. В отличие от ГПК, УПК, также принятый в середине XIX в., был заменен в 1968 г. совершенно новым правовым актом.

⁸ Статья 129.

в отношении вопросов, составляющих предмет судебного разбирательства»¹. Юристы того времени воспринимали активную роль судьи как «инновацию» и «новый принцип социалистического процессуального права», нацеленный на то, чтобы «приблизить правосудие к народу»² и гарантировать надлежащее судопроизводство. В соответствии с советской доктриной правоведа старались выделить обязанность судьи в установлении «объективной» истины в противоположность «формальной» истине³. Последнее, с одной стороны, считалось признаком буржуазного процессуального права, в котором судья не был достаточно активен, чтобы иметь возможность установить обстоятельства дела, и, следовательно, у него не оставалось иного выбора, чем принять решение, часто идущее вразрез с его собственными убеждениями⁴. С другой стороны, достоинства объективной истины были объявлены единственным средством достижения социальной справедливости с учетом верховенства *публичных* интересов в судопроизводстве.

После падения коммунизма румынский гражданский процесс и судебная система снова подверглись реформированию путем почти ежегодного внесения поправок в законодательные акты. Можно утверждать, что смысл реформ заключался в возвращении к старому порядку, действовавшему до 1948 г. Снова заработали апелляционные суды, начала действовать процедура обжалования, пересмотр в аннулировании был отменен, а высшая судебная инстанция, согласно новой Конституции 1991 г., была переименована в Верховный суд. Позже конституционные поправки 2003 г. вновь изменили название суда, вернув ему то имя, под которым он был известен во времена ГПК 1865 г.: Высокий суд кассации и правосудия. Активная роль судьи сохранялась, но степень ее применения сократилась в разы. По поводу сохранения данного принципа после революции 1989 г. возникли острые споры. Некоторые юристы считали, что от данного коммунистического принципа следует отходить в силу его идеологической принадлежности. Тем не менее подобные взгляды не возымели успеха, поскольку видные ученые-правоведы указывали на тенденцию усиления активной роли судьи в гражданском процессе в других странах⁵. Активная роль судьи воспринималась как гарантия эффективной защиты и основывалась на соображениях эффективности, быстроты и «мягкости» судебного вмешательства⁶. Один влиятельный ученый объяснял это следующим образом:

«В западной доктрине существует подход к правосудию как к диалогу, что специфично для нынешних времен... Таким образом, судья-арбитр заменяется судьей-инструктором, активным судьей, который не может оставить разбирательство на усмотрение сторон. Конечно, подобная эволюция института может быть подвергнута критике, но она уже показала себя и, как мне кажется, вполне себя оправдала, поскольку активная роль судьи нивелирует социальные и экономические различия между сторонами спора и обеспечивает процессуальное равенство, а следовательно, способствует принципу законности.

¹ Статья 130.

² См.: G. Porumb, *Codul de Procedura civila comentat si annotat*, Bucuresti, 1960, p. 9 (цит. по: Alexe, *cit.*, p. 411).

³ См.: Alexe, *cit.*, p. 414 sq. и приведенные там работы.

⁴ Ibidem.

⁵ См.: V.M. Ciobanu, *Tratat Teoretic si Practic de Procedura Civila*, Bucuresti, Editura National, 1997, p. 132.

⁶ Ibid., p. 128, 132.

Конечно, мы не говорим о трансформации судьи в адвоката одной из сторон, но нельзя допустить, чтобы судья выступал в качестве сфинкса, беспомощно наблюдающего бойню, а не судебный поединок»¹.

В настоящее время Румыния стоит на пороге новой значительной процессуальной реформы. Проект нового Гражданского процессуального кодекса (далее — НГПК) был принят Правительством в феврале 2009 г. и утвержден Парламентом в июле 2010 г.² Тем не менее еще предстоит решить, когда новый закон вступит в силу³. По этим причинам настоящая работа делает ссылки на закон, действующий до 1 сентября 2011 г., и предусматривает только руководящие принципы, касающиеся важных ожидаемых изменений в НГПК.

II. Обзор действующего румынского гражданского процесса

а. Судебная система

Действующая структура судов в Румынии установлена Законом № 304 2004 г. с последующими изменениями. Румынские суды организованы в строгую четырехзвенную иерархию. Она состоит из местных судов (*judecătoria*), районных судов или трибуналов (*tribunale*), апелляционных судов (*curți de apel*) и Высокого суда кассации и правосудия (*Înalta Curte de Casație și Justiție*). Все суды являются судами общей юрисдикции и действуют согласно принципу единства юрисдикции, что означает возможность разрешать как гражданские, так и уголовные дела. Конечно, в целях функциональности судьи работают в разных подразделениях, рассматривая уголовные, гражданские, административные, коммерческие и прочие споры. После падения коммунистического строя и до 2004 г. специализированных судов в Румынии не было. Нововведение Закона 2004 г. заключается в создании специализированных судов, работающих на уровне районных и ограниченных конкретными областями права. По существу некоторые специализированные отделы районных судов на определенных территориях были преобразованы в независимые специализированные суды. Примечательной чертой румынской судебной системы является тот факт, что все суды, включая специализированные, могут быть судами как первой, так и последней инстанции в зависимости характера и размера исков. Кроме того, районные и апелляционные суды могут рассматривать, при соблюдении определенных правил, в апелляционном порядке решения нижестоящих судов. По общему правилу суд, компетентный рассматривать дела в апелляционном порядке и порядке надзора, непосредственно является вышестоящим в иерархии по отношению к суду, решение которого обжалуется. Помимо приведенной структуры судебных органов, в Румынии также есть Конституционный суд и военные суды.

б. Стандартный ход гражданского процесса в судах первой инстанции

Согласно действующему Гражданскому процессуальному законодательству Румынии есть три основных этапа в гражданском судопроизводстве: 1) предваритель-

¹ См.: Ciobanu, *cit.*, p. 132. Перевод приблизительный.

² Закон № 134 2010 г.

³ Парламент планирует обсудить введение в силу НГПК где-то в сентябре 2011 г. К моменту написания данной работы статус нового закона оставался неясным.

ная письменная стадия, сосредоточенная вокруг изначальных заявлений; 2) стадия судебного заседания, направленная на изучение дела, исследование доказательств и осуществление прений сторон; 3) заключительная стадия, в котором судья обдумывает дело и выносит по нему решение. **Кроме того, в определенных законом случаях, возможно наличие досудебной стадии.**

НГПК предусматривает некоторые изменения в порядке судопроизводства. Одним из важных моментов является создание отдельной стадии «следствия по делу», в котором происходит исследование доказательств судом. По замыслу законодателя данная стадия будет четко отделена как от предварительной письменной стадии рассмотрения дела, так и от прений сторон путем осуществления вышеуказанных действий *при закрытых дверях*, а не на открытом слушании, как это происходит сегодня.

В соответствии с действующим порядком стадия судебного разбирательства по существу состоит из ряда последовательных слушаний, где изучается дело, исследуются доказательства и происходит дискуссия сторон относительно вопросов факта или права. Между видами слушаний нет ясного разделения, количество их также не ограничено. Возможно проведение стольких слушаний, сколько окажется необходимым для подготовки дела к окончательному разрешению в зависимости от его сложности. Многие простые дела действительно разрешаются в течение одного или двух слушаний, в то время как более сложные дела, требующие большого массива доказательств, могут слушаться довольно продолжительное время. На практике судья, как правило, посвящает слушание определенной задаче и в его ходе не заслушивает более двух свидетелей. Даты слушаний распланированы согласно трехнедельному интервалу в зависимости от загруженности суда. Все слушания являются открытыми, если законом не установлено иное. В некоторых случаях стороны могут договориться о проведении заседания при закрытых дверях.

Все действия и решения, имеющие место в слушаниях, указываются в **«приказе о закрытии»** (*încheiere*)¹, который должен выдаваться в конце каждого слушания и быть занесенным в протокол дела. Существует два вида приказов о закрытии: подготовительные и промежуточные. Подготовительные приказы о закрытии являются решениями, имеющими своей целью подготовить дело и способствовать его движению к окончательному разрешению, т.е. приказ, направленный на исследование определенного доказательства. Промежуточные приказы о закрытии суть те определения, в которых суд принимает решение относительно определенных изъятий, возражений и доводов, которые касаются существа спора, но не являются окончательным решением по существу.

Кодекс устанавливает определенные правила относительно последовательности вопросов, исследуемых во время разбирательства. Согласно ст. 137 суд должен в первую очередь принять решение относительно процессуальных изъятий и фактов, опровергающих иск², которые в принципе избавляют от необходимости рассматривать дело по существу. Данные решения должны быть приняты отдельно и не могут быть рассмотрены при разбирательстве дела по существу, за исключением тех случа-

¹ Несмотря на схожую терминологию, приказ о закрытии, описанный здесь, не следует путать с приказом о закрытии по французскому ГПК (*ordonnance de clôture*), который означает завершение подготовительной стадии во французском процессе.

² Данные факты могут быть также рассмотрены в порядке исключения, но в основном они касаются существа спора.

ев, когда для установления истинности данных изъятий необходимо исследовать доказательства, непосредственно касающиеся существа дела.

Еще одним важным положением является требование о том, чтобы исследование доказательств было осуществлено до прений сторон (ст. 167). Как следствие, в течение «слушания по доказательствам» судья будет пытаться ограничить доводы сторон относительно вопросов факта и права, пределами исследуемых доказательств.

Анализируя различные положения Кодекса, можно ясно увидеть тенденцию к «сосредоточению» судебного разбирательства¹, по крайней мере на некоторых аспектах. Так, согласно той же ст. 167 противоречащие друг другу доказательства должны быть исследованы, насколько это возможно, в одно и то же время, т.е. последовательно в течение одного слушания. Более того, если заслушаны показания свидетеля, не указанного в ходатайствах или объяснениях сторон по делу, суд потребует доказательств, опровергающих данные сведения во время этого же слушания, если в слушании участвуют обе стороны (ст. 167(2)). Отсутствующая *при одобрении судьей ходатайства о привлечении доказательства* сторона обязана представить свои контрдоказательства на следующем же слушании, на которое явится (ст. 167(3)).

Также общепринятой практикой предусматривается проведение прений сторон в рамках одного слушания в конце судебного заседания. Когда суд приходит к мнению, что все значимые вопросы разрешены и необходимые факты установлены, председательствующий судья объявляет прения окончанными, что в свою очередь означает завершение стадии судебного заседания. Далее дело переходит в заключительную стадию, в которой судья на основании установленных фактов выносит окончательное решение по нему. Суд может возобновить прения по собственной инициативе в любой момент до принятия решения, если сочтет необходимым вновь обратиться к разъяснениям имеющих для него значение вопросов.

На протяжении всего процесса судья занимает доминирующее положение, характеризующееся его активной ролью в изучении претензий сторон, их доводов и исследовании доказательств. Таким образом, судья один отвечает за приобщение представленных доказательств к делу, допрос свидетелей и сторон, изучение доказательств в случае необходимости по месту их нахождения и, как правило, оформляет документ, заключающий в себе все доводы и доказательства, представленные по делу.

Принцип активной роли судьи представляет собой краеугольный камень современного румынского гражданского процесса. Хотя он и не закреплен дословно в законодательстве, принцип без каких-либо затруднений получил признание в доктрине и глубоко укоренился в правовой культуре и судебной практике.

Показательным в этом отношении являются доктринальные положения, касающиеся данного принципа, которые утверждают, что активная роль судьи — единственный рациональный способ достигнуть «справедливого и грамотного разрешения гражданских дел, гарантирующего социальный мир в демократическом обществе»². Более того, согласно этому же автору, «переход от централизованного социалистического режима к свободному и демократическому обществу не может

¹ В отличие от *Konzentrationmaxime* в немецком гражданском процессе, данная тенденция не расценивается в качестве принципа румынского гражданского процессуального права, скорее это *следствие принципов противоречия и непосредственности*.

² Les, *cit.*, p. 48.

является причиной отказа от принципа активной роли судьи в процессе. Наоборот, укрепление верховенства права требует усиления обязанностей и ответственности судей¹. Еще один автор утверждает в следующей части:

«Активная роль судьи выражает, в нашей процессуальной системе в том числе, требования и характеристики «следственной процедуры», в отличие от «обвинительной процедуры». Из правосудия как «государственной службы» происходит «чиновничество» гражданского процесса, в полномочиях которого, среди прочего, подразумевается активная роль судьи, позволяющая достичь беспристрастности и невмешательства в права и интересы сторон. Напротив, оно призвано гарантировать данные права и интересы»².

Похожие оценки исследуемого явления могут быть найдены в работах других ученых³.

В действующем законодательстве можно найти много положений, подчеркивающих данный принцип. Главное из них гласит: «применение любых законных средств ради предотвращения ошибки в установлении истины по делу есть обязанность судьи». Для этого «судья может осуществлять исследование любых доказательств, даже если стороны выступают против этого» (ст. 129 (5)). Кроме того, в связи с юридическими и фактическими требованиями сторон «судья вправе потребовать от сторон устных или письменных объяснений, а также вынести для обсуждения любые фактические или юридические обстоятельства, даже если они не были включены в заявления» (ст. 129 (4)).

Активная роль судьи, как правило, ограничена требованиями сторон, которые в соответствии со ст. 129 (6), предусматривающей, что «во всех случаях, однако, судья не может выйти за пределы заявленных требований». Принцип контрадикции также ограничивает широкое применение активной роли судьи, требуя от него поставить на обсуждение любые вопросы права или факта до заявления сторон по собственной инициативе.

НГПК предусматривает значительное расширение активной роли судьи, предоставляя ему новые полномочия. Довольно неоднозначным моментом является право судьи инициировать дела против третьих лиц *ex officio* даже вопреки воле сторон, которые дублируются в *Expose des Motifs* как «отступление от принципа требований сторон»⁴. Расширение активной роли судьи обосновывается в *Expose des Motifs* как метод увеличения эффективности и ускорения разрешения дел.

III. Типология гражданских процессуальных систем. Место румынского гражданского процесса

В традиционной классификации правовых семей, практически нет сомнений в том, что Румыния принадлежит к континентальной правовой системе, а точнее к романской семье. Румынский Гражданский кодекс был принят в 1864 г. по образцу

¹ Les, *cit.*, p. 48–49.

² I. Deleanu, *Tratat de Procedura Civila*, Bucuresti, C.H. Beck, 2007, p. 24.

³ См.: Ciobanu, *cit.*, p. 130–136.

⁴ По иронии судьбы НГПК впервые закрепляет принцип требований сторон в качестве руководящего принципа румынского гражданского процесса. Этот принцип нигде раньше не был закреплён, хотя и упоминался в доктрине.

Кодекса Наполеона, впоследствии свод законов развивался под влиянием французского права. В области частного права на развитие румынской правовой теории и практики особое воздействие оказали французская доктрина и прецедентное право. Различия и доктринальные концепции, развитые французскими правоведами, были охотно восприняты и использовались в научных работах румынских правовых комментаторов в качестве отправной точки исследований. Эти первоисточники по-прежнему пользуются широкой популярностью. Большинство сравнительных исследований, проводимых сегодня (а также в прошлом) в румынской юридической литературе, выполнены под влиянием взглядов французских правоведов, даже если они относятся не к французской правовой системе или доктрине. Это следует рассматривать не только как дань уважения к «величию» французской правовой традиции, но и как следствие определенной культурной близости, которая сложилась во второй половине XIX в. и достигла своего пика в период до Второй мировой войны. Французский остается иностранным языком для большинства ученых-юристов и практиков в Румынии, хотя английский постепенно приобретает все большее значение в рядах молодых юристов.

Кроме того, если говорить о гражданском процессе, румынский Кодекс 1865 г. также был в значительной степени продуктом французского влияния. Французские научные труды по вопросам гражданского процесса продолжают оказывать преобладающее влияние на румынское процессуальное право, в то время как румынское гражданское судопроизводство во многих важных аспектах отличается от французского процесса¹. В данной ситуации кажется вполне уместным принятие НГПК в Румынии, в то время как французский *Nouveau Code de Procédure Civile* уже теряет свою «новизну»².

В советский период (1945–1989) право Румынии следует относить к социалистической правовой традиции, даже учитывая наличие значительного романо-германского фундамента. Континентальное право уже глубоко укоренилось в румынской правовой традиции и культуре к тому времени. Именно по этой причине румынские ГК 1864 г. и ГПК 1865 г. сохранились в практически неизменной форме, правда, с поправками относительно некоторых аспектов, внесенными в советский период. Возникают сомнения, что в нынешний период Румыния вернется к первоначальной романо-германской правовой традиции. Более детальное исследование этого вопроса дано далее.

В классификации Уго Маттеи относительно верховенства профессионального права, политического права и традиционного права³ указывается, что место Румынии еще следует выяснить. По словам Маттеи, категория верховенства профессионального права характеризуется разделением между правовой и политической ареной принятия решений и секуляризацией судебного процесса. Она включает

¹ Например, в Румынии нет отдельного судьи на стадии подготовки дела (*le juge de mise en état*).

² Французский ГПК часто называли «новым» ГПК, чтобы отличить от «старого» (*ancien*) Кодекса 1806 г. Хотя правила гражданского судопроизводства по большей части регулировались Кодексом 1975 г. (с последующими изменениями), некоторые части Кодекса 1806 г. все еще оставались в силе. Только недавно французский законодатель окончательно упразднил Кодекс 1806 г., сделав, таким образом, проводимые между кодексами различия неактуальными. См. Закон № 2007-1787 от 20 декабря 2007 г.

³ U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems* // 5 *Am. J. Comp. Law*. 54 (1997).

общее право Англии, Северной Америки и Океании, континентальные правовые системы Западной Европы и Скандинавских стран и черты некоторых смешанных правовых систем, таких как система Луизианы, Квебека, Шотландии и Южной Африки. Категория верховенства политического права включает в себя системы, в которых между политическим и судебным процессами невозможно провести четкое разделение, поскольку судопроизводство часто определяется политическими отношениями¹. Страны, относящиеся к данной категории характеризуются высоким уровнем коррупции, социально-политической нестабильностью и слабым экономическим развитием². Согласно Маттеи, верховенство политического права наличествует в большинстве стран бывшей социалистической правовой семьи, к ним он относит Кубу и слабо развитые страны Латинской Америки и Африки, исключение составляют страны, в которых исламское право достаточно сильно, чтобы отнести их к странам с верховенством традиционного права. К этой последней категории относятся страны, где не произошло разделения между правом и философскими и религиозными традициями³, т.е. страны с мусульманским правом, индийским правом, а также определенные государства с азиатским или конфуцианским подходом к праву, такие как Китай и Япония.

Возвращаясь к Румынии, будет справедливо сказать, что на протяжении первого десятилетия после падения коммунизма, между 1990 г. и 2000 г., Румынию можно было отнести к странам с верховенством политического права по классификации Маттеи, в первую очередь из-за высокого уровня коррупции в румынском обществе и учреждениях. Однако я считаю, что по истечении еще одного десятилетия подобная категоризация уже не актуальна и теперь Румынию стоило бы отнести к странам с верховенством профессионального права. Сам Маттеи признает, что его классификация динамична, и страны могут переходить из одной категории в другую в случае «значительного роста структурных признаков, характерных для другой модели»⁴. Дополнительным аргументом в пользу этого утверждения является сильное романо-германское наследие, существовавшее в Румынии до установления коммунистического режима, и относительный успех в его сохранении в области частного права⁵.

В контексте классификации процессуальных систем существуют всего несколько подходов, приведенных в сравнительной литературе. Традиционное разделение между состязательным процессом и «инквизиционным» продолжает вызывать много споров между процессуалистами. Большая часть возражений возникает относительно самих категорий. Категорию «следственность» используют в первую очередь юристы стран общего права для описания континентального процесса, что признается некорректным, поскольку категория ассоциируется с испанской инквизицией и процессуальными излишествами церковных судов. В качестве альтернативы предпочтительно использовать такие категории, как *ex officio* или «несостязательная» процессуальная модель, хотя большинство континентальных

¹ Ibid., p. 27–28.

² Ibid., p. 28–29.

³ Ibid., p. 35–36.

⁴ Ibid., p. 16.

⁵ Примечательно, что Маттеи исключил Польшу, Венгрию и Чешскую Республику из категории государств с верховенством права в первую очередь из-за «сложного романо-германского правового наследия», воздействие которого могло быть уменьшено под влиянием социалистической правовой системы.

юристов говорят о своих системах как о смешанных. Вместе с тем те же континентальные юристы предпочитают считать процесс в странах общего права не «сопоставительным», а, скорее, «обвинительным», что выражает несколько иную идею¹.

Несмотря на разные коннотации, приведенная традиционная классификация остается полезной (по крайней мере, в учебных целях) для проведения различий между двумя противоположными подходами к роли судьи в судебном процессе. Основное различие заключается в полномочиях судьи в возбуждении иска, определении содержания и размеров требований, исследовании фактов, представлении доказательств, допросе свидетелей, изучении экспертных заключений, проведении судебного разбирательства и целях судебного решения.

В отличие от других континентальных юристов румынские ученые не стесняются признавать, что для румынского процесса характерно глубокое «следственное» начало. Как было отмечено, подобная характеристика связана с активной ролью судьи, процессуального чиновничества и степенью судебного контроля над исследованием доказательств, их представлением и установлением фактов. Термин «следственный» не вызывает отрицательных реакций у ученых-процессуалистов. Чтобы быть справедливым, следует сказать, что с исторической точки зрения использование данного термина также может иметь некоторые положительные последствия. «Рационализация» доказательств и профессиональное обучение лиц, принимающих решения, более соответствуют процессу в церковных судах, если вспомнить иррациональные решения, принятые в результате ордалий, божественного вмешательства или судебных поединков, которые применялись в светских судах XIII в. на территории Западной Европы². В этом свете «следственный» характер процесса не так уж и плох в конце концов! Согласно нововведениям НГПК румынский гражданский процесс становится еще ближе к еще большей степени следственности. Так, полномочия судьи в определенных случаях значительно расширились, судья будет иметь право возбудить дело относительно третьего лица, даже вопреки воле сторон. Также НГПК устанавливает, что стадия изучения фактических обстоятельств и исследования доказательств будет проходить не на открытых слушаниях, а при закрытых дверях³.

Возможно, самая важная и актуальная классификация процессуальных систем была приведена Мирджаном Дамаской в его знаменитой книге «Лица юстиции и государственной власти: сравнительный подход к судебному процессу» (*The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*) (1975). По сути, Дамаска выделяет идеальные модели классификации процессуальных систем, отталкиваясь от двух критериев: функция государственной власти и структура

¹ Однако странно, что континентальные юристы используют термин «сопоставительность» при описании или переводе принципов процесса в своих странах. Так, например, французский *principe contradictoire* или немецкое *verhandlungs* можно перевести как принцип сопоставительности. По моему скромному мнению, более соответствовал бы действительности перевод «принцип противопоставления», так как сопоставительность предполагает контроль сторон над исследованием доказательств.

² См.: R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure* // M. Cappelletti (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, *Civil Procedure*, Tubingen, 1973. См. также: C.H. van Rhee, *Towards a Procedural Ius Commune?* // J. Smits, G. Lubbe (eds.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, Antwerpen, 2003, p/ 217–232; C.H. van Rhee, *Civil Procedure: A European Ius Commune?* // *European Review of Private Law*, (2000) 589–611; C.H. van Rhee, *Harmonisation of civil procedure: an historical and comparative perspective* // Kramer, van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalized World*, T.M.C. Asser Press (выходит в свет в 2012 г.).

³ Ibidem.

властных органов в государстве. В рамках первого критерия, связанного с функцией государственной власти, Дамаска выделяет реактивные и активные государства. Реактивное государство предоставляет обществу соответствующую систему, при которой граждане могут преследовать свои собственные цели¹. Ему присущи черты «минималистического» государства, которое ограничивает себя задачами по охране правопорядка и установлением институтов для разрешения споров, которые не могут быть разрешены самими гражданами². В данном контексте государство довольствуется самоуправлением членов гражданского общества и, следовательно, правовые нормы создаются путем заключения соглашений, контрактов и пактов³. Судебный процесс воспринимается как средство «разрешения конфликтов», где стороны наделены широкими возможностями контролировать процесс, а судья при принятии решений руководствуется стандартами «добропорядочности». Напротив, активное государство имеет предрасположенность контролировать общество⁴. Правовые нормы исходят от самого государства и стремятся к осуществлению государственной политики на комплексном уровне: через них государство говорит гражданам, что им следует делать и как себя вести⁵. Судебный процесс в активных государствах основан на центральной идее официального расследования и направлен на реализацию соответствующей государственной политики⁶. Судья осуществляет контроль над процессом и принимает решения, основываясь на том, что «правильно», не забывая учитывать курс государственной политики.

Согласно второму критерию, связанному со структурой власти в государстве, Дамаска выделяет неиерархический идеал и иерархический идеал. Иерархическая модель власти, в своей чистейшей и идеальной форме соответствует концепции классической бюрократии, характеризуется наличием корпуса профессиональных должностных лиц, организованных в иерархию, принимающих решения в соответствии с техническими стандартами, обладающих исключительным чувством порядка и стремящихся к единообразию⁷. В процессуальном контексте иерархическая модель предполагает судопроизводство, состоящее из последовательных этапов, характеризующееся контролем судьи над представлением доказательств, исследованием доказательств, полученных от свидетелей и экспертов, и включающим комплексный апелляционный пересмотр, в котором допускает исследование как вопросов права, так и факта. В отличие от иерархической модели неиерархическая модель власти определяется корпусом непрофессиональных должностных лиц, организованных на одном уровне власти, принимающих решения на основе недифференцированных стандартов, результатом чего является отсутствие согласованности и значительная степень неопределенности в судебных решениях⁸. Процессуально неиерархическая модель характеризуется проведением в рамках первой инстанции одного-единственного судебного заседания, в котором стороны ответственны за представление

¹ Damaska, *cit.*, p. 73.

² Ibidem.

³ Ibid., p. 75.

⁴ Ibid., p. 71, 80 sq.

⁵ Ibid., p. 82.

⁶ Ibid., p. 47.

⁷ Ibid., p. 18 sq.

⁸ Ibid., p. 23 sq.

доказательств. Показания лиц, участвующих в деле, предпочтительны перед задокументированными доказательствами, а апелляционный пересмотр существенно ограничен. По мнению Дамаски, взаимодействие между социально-политическими ценностями и отправлением правосудия очевидно: «доминирующие идеи о роли государства информируют о взглядах на цели правосудия, а последние важны при определении многих процессуальных вопросов»¹.

Основываясь на категориях, приведенных Дамаской, Румыния, очевидно, более приближена к активному государству с иерархической моделью власти. Как говорит Дамаска, эти две идеальные модели имеют особенности цивилистической системы права и континентального процесса, в то время как реактивные государства и неиерархический идеал более соответствуют системе общего права и процесса.

В советский период большинство классификаций правовых семей содержали специальные категории, относящиеся к социалистическому праву или социалистической правовой традиции, нацеленные на установление различий между ними и общим правом и цивилистической правовой традицией. В постсоветский период подавляющее большинство ученых признали, что социалистическая традиция исчезла, а бывшие социалистические страны снова вернулись к континентальной традиции. В современной классификации правовых семей от социалистической традиции отказались как от отдельной правовой семьи².

Один из авторов, тем не менее, выразил иное мнение. Профессор Алан Узелач оспаривает распространенное мнение и утверждает, что социалистическое право выжило в виде «третьей правовой традиции»³. Главный аргумент, приводимый автором, заключается в том, что социалистическая правовая традиция может продолжать существовать независимо от существования социалистической идеологии и государства, более того, независимо от ценностей, которые в целом преобладают в обществе. Согласно А. Узелачу, «если в основании правовой традиции лежит элемент идеологии или философии, то это идеология юристов, судей, адвокатов и ученых-правоведов, а не идеология общества в целом». Автор продолжает:

«Не важно как сильно советская доктрина настаивает на добавлении специфических понятий в юридический лексикон, создавая такие идиомы, как «социалистическая законность», «социалистическое право» или «социалистическое правосудие», идеологическое содержание было лишь верхушкой айсберга в то время как реальное функционирование законов и правовых институтов — судов и трибуналов — было

¹ Damaska, *cit.*, p. 11.

² Показательным в этом отношении является утверждение *JuriGlobe*, исследовательской группы из Университета Оттавы, которая имеет всеобъемлющую классификацию правовых семей:

«Поразмыслив, мы исключили категорию «социалистическое право», использование которой в прошлом в определенных классификациях было неизбежно. Действительно, несмотря на недавние политические потрясения, марксистско-ленинская мысль до сих пор играет иногда значительную роль в правовой организации некоторых стран. Но критерий, послуживший созданию категории «социалистическое право» в противоположность западному праву, был исключительно материальным, в то время как мы придавали большое значение методологическим и техническим аспектам правовых систем, правовым концепциям и методам разработки и выражения правовых норм, не ограничиваясь поверхностными формальными критериями» (см.: <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/intro.php> (последнее посещение: 31 августа 2011 г.)).

³ A. Uzelac, *Survival of the third legal tradition?* // 49 *S.C.L.R.* 377–396 (2010).

в большей степени обусловлено другими факторами, которые могут существовать независимо от идеологических ярлыков, придуманных правящими элитами»¹.

Отвергая инструменталистский подход к праву, т.е. отвергая то, что право рассматривается социалистами как инструмент экономической и социальной политики, А. Узелач доказывает, что этот элемент по факту идеологически нейтральный и не является основополагающим в социалистической правовой традиции, как ранее утверждал Мэрримен. Опираясь на опыт «экс-советских государств бывшей Югославии», которая имела более либеральный и прогрессивный режим, чем другие страны Восточного блока, А. Узелач продолжает устанавливать подразумеваемый смысл характерных черт социалистической правовой традиции. Он выделяет два «фундаментальных» признака социалистической традиции и девять других признаков, отнесенных им к списку «типичных» или «характерных». К фундаментальным А. Узелач относит следующие черты: 1) использование судебного процесса в качестве инструмента для защиты интересов политических элит и 2) страх принятия решений судьями как «ведущий принцип социалистической справедливости». Девять типичных или характерных черт, определенных А. Узелачем, по сути вытекают из уже упомянутого «страха принятия решений» и выглядят следующим образом:

1) децентрализация разбирательства, отсутствие разбирательства в собственном смысле слова; 2) устность как чистая формальность; 3) чрезмерный формализм; 4) стремление к материальной истине; 5) отсутствие процессуальной дисциплины и планирования; 6) апелляция как безличный и анонимный процесс; 7) разнообразие средств правовой защиты, задерживающее исполнение; 8) бесконечный цикл отсылок дела в иные инстанции; 9) непропорциональные усилия для достижения эфемерного и социально незначительного результата.

Заявления А. Узелача заслуживают более подробного анализа, что весьма важно в рамках исследуемого вопроса. Румыния – бывшее социалистическое государство и, согласно общему мнению, страна, пережившая один из самых репрессивных режимов (если не самый репрессивный) в Восточной Европе. Если выделенные А. Узелачем черты в самом деле показательны для социалистической традиции, то можно предположить, что в румынской правовой системе их также можно было бы обнаружить. Однако за исключением «стремления к материальной истине» большинство признаков социалистического права в румынском законодательстве явно отсутствовали (и отсутствуют). В дальнейшем я перейду к более конкретному анализу характеристик социалистической правовой традиции, данных А. Узелачем.

Начать стоит с того, что предположение А. Узелача о том, что право и правовые институты коррелируют не с социальными ценностями, а скорее с идеологией работников юридической сферы, несколько спорно. Из него следует, что идеология юридической профессии как таковой может существовать в вакууме, лишённая всякой связи с государственной политикой или культурными ценностями, разделяемыми обществом в целом. Есть две простые причины, позволяющие относиться скептически к подобным утверждениям. Прежде всего любая идеология должна поддерживаться или сверху, например через государственную политику, или выстраиваться снизу через социальные ценности. Во-вторых, связь между правом, культурой и социумом не может быть сведена на нет. История не раз показывала, что право имеет глубокие

¹ A. Uzelac, *Survival of the third legal tradition?* // 49 S.C.L.R. 377–396 (2010).

корни как в непосредственно исторических, так и в экономических, политических и социальных реалиях того или иного общества во все времена. Закон и правовые институты меняются вместе с обществом и хотя, может быть, и не так быстро, но, в конечном счете, они всегда реагируют на изменения в обществе. На связь между правом и культурой недавно указал Оскар Чейз, который заявил:

«Мной сделаны два утверждения относительно институциональных судебных процессов и общества: во-первых, данные судебные разбирательства отражают культуру, в которой имеют место ее ценности, социальные механизмы, ее метафизика и совокупность символов, через которые данные качества представлены; а во-вторых, любое отношение рефлексивно — те методы, которыми разрешаются конфликты, как раз станут влиятельным компонентом в текущей социальной задаче поддержания или «построения» культуры, где это все происходит»¹.

По А. Узелачу, как утверждалось выше, «ведущим принципом социалистической справедливости» и фундаментальной чертой социалистической правовой традиции является страх принятия решений, что приводит к уклонению судей от ответственности принять окончательное решение по делу. Данный аспект объясняется тем, что «социалистическое правосудие за время своего существования разработало огромное количество способов уклониться от ответственности принимать решения». Так, судьи склонны разрешать дела на исключительно формальных основаниях, не вдаваясь в их существо, и требовать от сторон формальных возражений и поднятия тривиальных процессуальных вопросов, позволяющих прекратить дело или инициировать его передачу в другую инстанцию к менее удачливому коллеге. Кроме того, согласно А. Узелачу, судьи будут стремиться использовать свои процессуальные полномочия, включая «следственные», в установлении материальной истины для намеренного задержания разрешения дела по существу. Помимо этого примечателен тот факт, что в дальнейшем А. Узелач говорит о праве на апелляцию, которое было «умело возведено социалистическими юристами в ранг абсолютного, конституционного права», позволяющее последовательно отсылать дело в нижестоящие суды, закручивая «карусель, которая могла двигаться сколь угодно долго, желательно, до полного исчезновения социальной потребности в решении дела».

Данная практика никогда не имела места в Румынии в социалистические времена. Напротив, судьи воспринимали свою активную роль всерьез и были готовы обеспечить быстрое разрешение дела, часто без особого внимания к защите прав личности, во имя «блага общества» и рабочего класса. В то время как судебный процесс и юристы часто воспринимались как зло для общества, коммунистическое правительство прилагало большие усилия, чтобы создать образ идеального общества, где не совершаются преступления и лишь иногда между товарищами могут возникнуть конфликты. Там же где преступления совершались, о них не было известно широкой общественности, а в случае, если возбуждалось дело, его быстро закрывали. Кроме того, апелляционная процедура, рассматриваемая «социалистическими юристами в качестве абсолютного, конституционного права», например, в Хорватии, в Румынии была вовсе недоступна. Апелляционная процедура и связанные с ней суды были упразднены в 1952 г. и были вновь учреждены лишь

¹ Oscar G. Chase, *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York University Press, 2005, p. 138.

после упразднения социализма. В силу активной роли судьи в производстве, которая, как подразумевалось, обеспечивала эффективность и безотказность действий по установлению истины, в Румынии отказались от апелляции, ссылаясь на то, что данная процедура значительно способствует замедлению процесса. В 1950-е гг. один из румынских правоведов говорил по этому поводу следующее:

«[Предыдущий строй] не [способствовал] лучшему отправлению правосудия, но поддерживался буржуазией, поскольку обеспечивал широкое поле для деятельности бюрократии, из лабиринтов которой мог выпутаться лишь тот, кто обладал достаточными материальными средствами, чтобы обратиться за поддержкой специалистов; наличие апелляции... более не является необходимым, так как благодаря активной роли судьи и назначению, приписываемому правосудию в деле установления объективной истины, созданы условия для надежного отправления правосудия в судах первой инстанции»¹.

Процедура надзора, напротив, сохранялась, а вдобавок еще получила и новое «теоретическое» обоснование. Отличие надзора от апелляции, согласно научным трудам того времени, обозначалось следующим образом:

«Надзорный порядок носил классовый характер, а Кассационный суд, центральный судебный орган государства, способствовал применению законов, посредством которых осуществлялось угнетение; [до коммунизма] апелляция имела исключительно формальную природу и без пользы для дела вела к замедлению отправления правосудия, поскольку гарантии того, что решение в апелляции будет лучше, чем в суде первой инстанции, не было»².

Как уже отмечалось, основным методом пересмотра судебных решений был пересмотр в порядке ревизии. В данном случае суд предпочитал принять дело к производству, нежели отменить решение, вынесенное ранее, и вновь отправить его на рассмотрение в нижестоящий суд. Очевидно, такая процедура не привела бы к «последовательным отсылкам дел на новое рассмотрение в нижестоящие суды», как якобы было в Хорватии. В этом отношении следует подчеркнуть, что коммунистический режим в Румынии пользовался менее утонченными способами осуществления контроля над нежелательными судебными решениями. Так, генеральный прокурор был наделен полномочиями осуществлять непосредственный контроль над судами, контролировать любое дело, принятое к производству, и инициировать «исключительный» пересмотр, который мог осуществляться даже в отношении окончательных судебных решений. Этой процедурой часто пользовались как политическим инструментом против нежелательных решений. Кроме того, на протяжении определенных периодов времени было обычной практикой наличие в зале суда представителей народа или «общественных экспертов», которые надзирали за профессиональными судьями с той целью, чтобы решения последних соответствовали «воле народа», как то было принято согласно партийной доктрине и идеологии³. Помимо этого усиленно

¹ G. Porumb, *Codul de procedura civila comentat si adnotat*, Editura stiintifica, Bucuresti, Editura stiintifica, 1962, p 14 (цит. по: S. Spinei, *Romanian Civil procedure. The reform cycles* // Kramer, van Rhee (eds.), cit.).

² I. Stoenescu, *Curs de drept procesual civil*, 1956 (цит. по: S. Spinei, *Romanian Civil procedure. The reform cycles* // Kramer, van Rhee (eds.), cit.).

³ Эти «общественные эксперты» часто были малообразованными людьми, которым был лишь прочитан ускоренный полугодовой курс марксистской теории и права. См.: Mircea Dan Bob, *Presentation at the Henri Capitant symposium on Law and Culture*, Louisiana, 2009.

наблюдали юристов и иных работников юридической сферы, контролируя прием на юридические факультеты: попасть на них можно было только после получения соответствующей рекомендации из Коммунистической молодежной организации¹. Судьи и прокуроры тщательно отбирались, при этом учитывалось их социальное и политическое положение², а также часто обращали внимание на «здоровые корни»³. Наконец, жестко контролировались средства массовой информации и провокационных организаций практически не существовало.

В социалистический период гражданский процесс и правосудие вообще осуществлялись довольно быстро и эффективно, без излишнего формализма при концентрации судопроизводства. Верно, что одно из явлений, описанных А. Узелачем, имело место в Румынии в течение нескольких лет после социалистического периода. Некоторые дела, в которых фигурировали политики высшего класса или люди состоятельные, намеренно затягивались до тех пор, пока подавляющая часть населения не потеряет к ним интерес. По этой причине многие юристы, занимавшиеся практикой еще при старом режиме, согласятся, что правосудие в то время было более эффективным. Данное явление, однако, есть прямое следствие высокого уровня коррупции, развившейся в стране из-за всеобщей бедности и низкого уровня жизни. Вряд ли можно рассматривать коррупцию и бедность в качестве фундаментальных или исключительных характеристик социалистического периода, хотя я и допускаю, что определенная связь здесь может существовать. Коррупция, больно ударившая по румынскому обществу в первое десятилетие нового периода, не обошла стороной и судебную систему. В последние годы Румыния добилась значительного прогресса, по крайней мере в отношении судебской коррупции, доля которой снизилась до «допустимого минимума». Причина улучшения заключается прежде всего в повышении уровня жизни в стране и вступлении в Европейский Союз.

Среди прочих особенностей, определенных А. Узелачем, «стремление к объективной истине» действительно имело место в румынском процессе в социалистический период и, возможно, присутствует и сейчас. Как уже отмечалось, потребность в установлении «объективной» истины была идеологически оправдана необходимостью защитить интересы сторон, обеспечить их равноправие в процессе, и служила единственным инструментом достижения социальной справедливости с учетом верховенства публичных интересов в судопроизводстве. Напротив, «формальная» истина (т.е. истина, установленная сторонами) рассматривалась как концепция буржуазно-капиталистического процессуального порядка и, соответственно, была отклонена. После падения коммунизма установление истины служило целью (гражданского) судопроизводства, хоть и деление истины на формальную и объективную в доктрине более не проводилось. Поддержание установления истины как принципа процесса было тесно связано с идеей активного судьи. Верно и то, что румынский процесс, в прошлом отдававший предпочтение принципу письменности, с 1990 г. все еще придерживается этого принципа. Как бы то ни было, вопрос о том, можно ли установление истины, активную роль судьи или предпочтение письменности

¹ По тому же вопросу см.: Spinei, *The Romanian Legal Profession* // Uzelaç, van Rhee (eds.), *cit.*

² Ibidem.

³ Под «здоровыми корнями» понимались предки из рабочего класса. Дети, родители, бабушки, дедушки которых в прошлом были крупными землевладельцами, предпринимателями или промышленниками, почти всегда получали отказ при приеме в юридическую сферу деятельности.

в процессе действительно относить к характеристикам социалистического процессуального порядка, все еще в силе. Эти три «характеристики» можно наблюдать во многих западноевропейских странах, включая Францию¹, которую вряд ли кто-нибудь отнесет к стране с социалистической правовой традицией.

В заключение хочу сказать следующее: я не верю в то, что социалистическая правовая традиция сохранилась в бывших коммунистических странах Восточной Европы, по крайней мере не в институциональной форме и явно не в чертах, определенных А. Узелачем. Однако я все же считаю, что определенные культурные отношения в обществе и среди юристов могут сейчас иметь вид «менталитета»; как гласит народная мудрость, от старых привычек тяжело избавиться. То, что сохранилось, есть определенное культурное своеобразие, которое, однако, не обязательно должно быть связано только с конкретной (юридической) сферой деятельности, но, скорее, закреплено в ценностях и привычках общества в целом.

IV. Культура и гражданский процесс

Обсуждение румынского гражданского процессуального права было бы неполным без упоминания некоторых культурных элементов, оказывающих влияние на развитие судопроизводства. Связь между культурными ценностями общества и его правовой системой, возможно, наиболее очевидна в рамках процессуального права, как гражданского, так и уголовного. «Тесная связь между гражданским процессуальным правом и культурной средой, в которой оно развивалось, есть явление, хорошо известное процессуалистам»². Правовая культура — неотъемлемый элемент, который должен быть учтен при любой попытке понять конкретную систему.

В прошлом румынские судьи часто брали на себя воспитательную роль, выступая с патерналистскими лекциями во время слушаний. Они часто принимали снисходительный тон, особенно в отношении молодых юристов, порой даже выговаривая им во время слушаний в случае, если те были недостаточно подготовлены, чтобы обосновать свое выступление в прениях сторон. За последнее десятилетие в данную сферу пришло много молодых профессиональных судей, которые ведут себя иначе. Они умны, полны энтузиазма и хорошо мотивированы в отношении своих карьерных стремлений. Тем не менее они, как и многие другие молодые выпускники, которым не хватает определенного профессионального и жизненного опыта, стремятся к совершенству и нередко из страха сделать ошибку перестают слушать простейшие дела. Как заметил один опытный юрист, умело выдвинутое процессуальное возражение часто приводит к объявлению перерыва в заседании, что ведет к затягиванию процесса.

На румынском рынке юридических услуг местные фирмы, обычно организованные в средние и мелкие предприятия, по-прежнему доминируют. Иностранные компании столкнулись с некоторыми трудностями, пытаясь собственными силами

¹ Во французском гражданском процессе судья активен и наделен широкими полномочиями в рамках подготовительной стадии по осуществлению следствия по иску и исследованию доказательств. Французская система также отдает предпочтение письменности в процессе как в теории, так и в практике. См.: L. Cadiet, *Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay — The French Perspective* // A. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis — Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999.

² W. de Vos, *French Civil Procedure Revisited* // 9 *Stellenbosch L. Rev.* 217 (1998); M. Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure — Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, 69 *Michigan L. Rev.* 847 (1971).

попасть на рынок, и предпочли действовать совместно с местными фирмами, имеющими политические связи. Наиболее прибыльными фирмами являются те, которые оказывают услуги государству по таким вопросам, как приватизация, иностранные инвестиции, государственно-частное партнерство.

Как уже отмечалось, гражданский процесс Румынии находится в состоянии продолжительного реформирования, различные поправки вносятся почти каждый год. Большинство из этих реформ осуществляются в порядке чрезвычайного правительственного постановления (*O.U.G.*), согласно которому вновь сформированное правительство возьмет ответственность перед Парламентом с тем, чтобы иметь возможность обеспечивать исполнение данных законодательных актов. С исторической точки зрения слово «реформа» вызывает положительные ассоциации у широкой общественности начиная с социальных реформ, предпринятых А. Кузой в 1864–1866 гг., и которые преподаются учащимся младших классов, средней школы и старшеклассникам. Само собой, данная тема активно используется всеми политическими партиями в их предвыборных программах. Каждая партия обещает масштабные реформы, и каждое успешное правительство пыталось исполнить данные избирателям обещания, внося свои идеи в чрезвычайные правительственные постановления¹.

Система правосудия в Румынии не составляет исключения из данной нормативной практики. Множество чрезвычайных правительственных постановлений наряду с обычными законами создает трудности для их отслеживания. До нынешнего момента в Румынии имели место «малая» реформа правосудия², «большая» реформа правосудия и несколько других «основных» и (или) «фундаментальных» реформ в данной области. Многие признанные ученые участвуют в политике, в то время как многие политики являются профессорами, получившими докторскую степень по юриспруденции, работая на полставки, с помощью программ дистанционного обучения³.

Что касается процессуального права, то НГПК обещает еще одну фундаментальную реформу. Одним из нововведений НГПК является обеспечение законодательного закрепления основополагающих принципов судопроизводства, выработанных и усовершенствованных доктриной и широко применяемых в юриспруденции в целом. НГПК устанавливает не менее 15 таких основополагающих принципов: функционирование правосудия как государственной службы, право на справедливое судебное разбирательство (справедливый процесс) в пределах оптимального и обозримого времени, принцип быстроты (скорого суда), принцип законности (верховенства права), принцип равенства, принцип требований сторон, принцип добросовестности, право на защиту, принцип противоречивого судопроизводства, принцип устности, активная роль судьи в стремлении к истине и требование осуществлять все судебные разбирательства на румынском языке.

¹ Данное явление не особенно проявляется в отношении гражданского процесса или судопроизводства в целом. Наиболее реформируемые области в течение последних 20 лет — образование и здравоохранение.

² См. Закон № 202 2010 г., который называют «малой реформой правосудия».

³ Некоторые даже получили почетные степени *doctor honoris causa* различных более или менее престижных румынских университетов. Юриспруденция остается самой предпочитаемой областью, в которой получают ученые степени. Подобная одержимость академическими титулами, вероятно, пережиток прошлого. Жена диктатора проявляла большие амбиции в получении нескольких академических званий, что в конце концов и сделала, присвоив себе работы по химии, написанные другими. Она предпочитала, чтобы к ней обращались следующим образом: «Товарищ академик доктор инженер, всемирно известный ученый (*Savant*) Елена Чаушеску».

Несмотря на всестороннее провозглашение этих принципов, большинство из которых не были включены в предыдущие редакции Кодекса, их полезность на практике остается под вопросом. Многие из этих принципов отражают энциклопедическую направленность Кодекса и доктрины и в действительности не применяются на практике. Принцип непрерывности и принцип гласности являются лучшими примерами закрепленных принципов, от применения которых Кодекс отходит, устанавливая конкретные положения¹; относительно других принципов существует столько исключений и (или) изъятий, что они теряют свое значение².

Пожалуй, в качестве лучшего примера, демонстрирующего, как правовая культура влияет на судопроизводство, следует использовать исследование доказательств представителями сторон. Эта процессуальная новелла до сих пор редко применялась на практике. Далее я рассмотрю данную тему более подробно.

Одним из нововведений, относительно недавно введенных в румынский гражданский процесс, является возможность исследования доказательств представителями сторон, а не судьей. У этого процессуального института противоречивая история. Впервые он был предусмотрен в чрезвычайном правительственном постановлении *O.U.G. 138/2000*. Однако, просуществовав несколько месяцев, был упразднен в соответствии с другим чрезвычайным правительственным постановлением *O.U.G. 59/2001*. Институт реанимировали в Законе № 219/2005, который подтвердил и повторно установил в законодательном порядке *O.U.G. 138/2000*. С тех пор он не перестает действовать.

Согласно первоначальным намерениям исследование доказательств представителями было факультативной процедурой, нацеленной в первую очередь на освобождение суда от бремени тщательнейшего исследования каждого доказательства в рамках судебного разбирательства. Представители, имея теперь обязанность по подготовке материалов дела, стали более активно участвовать в процессе. Однако, как описывалось выше, судья все еще оставался в высшей степени вовлеченным в процесс, поскольку исследование представителями определенных доказательств было недопустимо. Он продолжал осуществлять контроль над разбирательством, будучи обязанным вмешаться в случае возникновения любых противоречий.

Процедура исследования доказательств представителями доступна при разрешении дел об имущественных правах и только в тех случаях, когда закон разрешает частное урегулирование (ст. 241i)³. Для доступа к данной процедуре стороны должны дать специальное согласие в первый день своего появления в суде. От данного согласия впоследствии уже не может отказаться ни одна из сторон. В дальнейшем при взаимном согласии сторон на исследование доказательств представителями все последующие слушания могут проходить при закрытых дверях в ущерб принципу гласности.

¹ В противоположность установленному принципу гласности НГПК предусматривает, что новая стадия исследования проходит *in camera*, а не на публичных слушаниях, как сейчас. Принцип непрерывности подразумевает единое централизованное слушание, однако здесь тоже не все гладко. Как признает один из ученых, «по объективным причинам, определяемым другими принципами (истины, права на защиту и т.п.), принцип непрерывности в нашей процессуальной системе применяется не в полной мере» (Les, *cit.*, p. 63–64).

² Например, принцип требований сторон.

³ Есть несколько обстоятельств, когда урегулирование не разрешено законом, например разбирательства, в которых затрагиваются права и интересы малолетних.

После проверки действительности согласия на применение процедуры, данного сторонами, судья указывает на процессуальные изъятия, на которые сошлутся стороны и сам судья, *ex officio*, суд принимает решение по всем ходатайствам, требованиям против третьей стороны и принятию временных мер.

После этого суд приступает к рассмотрению требований, предъявленных сторонами в исковых заявлениях, и предложенных доказательств. Суд утверждает исследование доказательств, имеющих, по его мнению, отношение к делу, и может потребовать *ex officio* любые дополнительные доказательства, которые он посчитает необходимыми для правильного разрешения дела. Далее суд предоставляет сторонам до шести месяцев для исследования представителями сторон утвержденных ранее доказательств. В течение 15 дней с момента утверждения доказательств стороны обязаны представить судье детальный план исследования доказательств, включающий дату и место исследования каждого из них. План должен быть утвержден судьей при закрытых дверях, после чего он приобретает обязательную силу для сторон и их представителей.

Затем представители приступают к подготовке материалов дела, которые будут по завершении представлены суду сторонами совместно. Различные средства доказывания могут быть исследованы сторонами на их рабочих местах или в любом другом месте, ими согласованном. В случае, если имеют место письменные доказательства, стороны должны обмениваться ими и общаться друг с другом при помощи заказных писем, все действия сторон должны быть занесены в материалы дела. Если документ находится во владении третьего лица или должностного лица, представители не могут прямо потребовать его предоставления; в этом случае они должны обратиться к суду за требованием о предоставлении документа в суд. Копии данного документа впоследствии высылаются в офисы обоих представителей.

Представители могут потребовать показаний любых свидетелей, ранее утвержденных судом в соответствии с планом, за исключением малолетних и недееспособных. Данные свидетели дают показания только в суде, после чего подписывают дословную запись своих показаний. Запись может вести любое лицо, согласованное сторонами, в данном отношении не применяются никакие специальные разрешения или профессиональные требования. Представители имеют право нотариально заверить запись и получить ее стенограмму. Стенограмма включается в материалы дела.

Представители не могут допрашивать стороны, поскольку те не являются свидетелями. К сторонам с вопросами может обращаться лишь суд. В случае требования мнения эксперта стороны определяют эксперта, заключение которого также включается в материалы дела. Если стороны не могут прийти к согласию относительно назначения эксперта, последний назначается судом. Всякий раз, когда будет возникать спор относительно исследования доказательств или допустимости определенного метода доказывания, стороны обязаны подать ходатайство в суд. Судья разрешит спорный вопрос и укажет сторонам на должные действия.

По истечении срока, данного судом на исследование доказательств, стороны совместно представляют судье материалы дела. Судья утверждает дату окончательного заседания для заслушивания устных доводов сторон, имеющих отношение к делу, которое состоится не более чем через месяц. На этом слушании судья может с обязательным указанием причин потребовать повторного исследования любого доказательства, которое посчитает необходимым.

В то время как исследование доказательств представителями сторон — нововведение в румынском гражданском процессе, данный институт по большей части остается предметом научного интереса. На практике эта процедура осуществляется чрезвычайно редко. Разговаривая на эту тему со многими учеными и практикующими юристами, я слышал одно: никто из них никогда не пользовался настоящей процедурой и не знает никого, кто бы ей пользовался.

Есть много разных причин недостаточного использования данной процедуры на практике. Во-первых, процедура обязательно предусматривает определенную степень взаимодействия между представителями в сборе материалов дела. Могу добавить, что подобного рода ожидания несколько нереалистичны и даже наивны, учитывая состязательную позицию представителей и их клиентов.

Во-вторых, у представителей мало стимулов, чтобы использовать данную процедуру. Так как судья занимает доминирующее положение в разбирательстве, представители не получают никаких дополнительных процессуальных прав или возможности осуществлять контроль над процессом, что потенциально можно было бы использовать во благо клиенту. Как уже отмечалось, судья остается широко вовлеченным в процесс, поскольку он имеет полномочия по утверждению всех предложенных доказательств, плану их исследования, требованию дополнительных доказательств *ex officio*, и даже после этого он все еще может потребовать повторного исследования доказательств уже перед судом. Кроме того, только суд может инициировать определенные процессуальные действия в ходе доказывания, как, например, допрос сторон, заслушивание определенных свидетелей и лиц, их заменяющих, и т.д. В этих условиях кажется, что данная процедура выгодна одному судье, который может делегировать осуществление подготовительных действий представителям сторон, если им не повезло пойти на такую процедуру. Другими словами, представители не получают никаких преимуществ, только лишнюю работу.

Более того, есть определенные культурные особенности, наличие которых, вероятно, способствует привычке оставлять за судьей основную роль по реализации полномочий, традиционно ассоциируемых с соответствующим принципом процесса. Таким образом, от судьи ожидают утверждения, исследования и оценки доказательств. Помимо этого может иметь место и определенное нежелание принять процессуальную новеллу, что довольно типично в юридической профессии.

В дополнение ко всему сама исследуемая процедура не предполагает никаких изменений в способе представления доказательств. Применяются все прежние правила о допустимости, а сами доказательства все еще должны быть в материалах дела. Единственное важное отличие может возникнуть при заслушивании свидетелей. Как уточнялось выше, свидетели могут давать показания в офисах представителей без присутствия судьи, что может дать представителям широкие возможности при соответствующих обстоятельствах. В теории представители сторон свободны в том, чтобы устроить перекрестный допрос. Однако перекрестный допрос сам по себе чужд румынской практике. Более того, даже если он будет проведен, судья вряд ли согласится с такой практикой и потребует дополнительно заслушать свидетеля, наложив на представителей соответствующие санкции за нарушение процессуальных правил. Не менее важен тот факт, что румынские юристы не приучены осуществлять допрос свидетеля, не имеет значения, перекрестный ли допрос или нет. Более того, поскольку свидетельские показания должны быть полностью записаны и могут быть

нотариально заверены, стороны будут вынуждены увеличить сумму судебных издержек. В этом свете участие в подобной процедуре не имеет особого смысла.

В конечном счете никто толком не знает, как процедура должна работать. Несколько юристов, которых я спрашивал о том, как они видят данную процедуру, ответили просто: «Прямо как в американских фильмах!» Кажется, даже ведущие ученые так полагают. Один из авторов предполагает, что исследование доказательств представителями сторон было разработано на основе Федеральных правил судопроизводства США¹. Что бы не служило источником вдохновения для утверждения подобной процедуры, я могу безусловно заявить, что у нее нет ничего общего с американской моделью представления доказательств.

Доктрина, похоже, разделилась во мнениях относительно преимуществ данной процедуры. Помимо скептицизма по поводу полезности и эффективности процедуры на практике критики выразили обеспокоенность тем, что ее применение может повлиять на установление истины и оправдан ли отказ от принципа непосредственности относительно отправления правосудия². Сторонники процедуры указывают на определенные преимущества, которые могут привести к положительным результатам: сотрудничеству сторон между собой и судом, более высокой степени ответственности сторон перед своей процессуальной «судьбой» (!), включению сторон в разбирательство в разумное и оптимальное время, увеличению шансов того, что процесс завершится заключением сторонами мирового соглашения.

Даниэл ван Логгеренберг (*Daniël van Loggerenberg*),
Андре Бореин (*Andre Boraine*)³

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД ЮЖНО-АФРИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

РАЗВИТИЕ ЮЖНОАФРИКАНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА⁴

А. Вступление

1. Настоящий доклад касается системы гражданского процесса в высших судах Южно-Африканской Республики⁵.

¹ Deleanu, *cit.*, p. 853.

² См.: Les, *cit.*, p. 612.

³ Профессора Университета Претории (*University of Pretoria*) (ЮАР).

⁴ Перевод с английского языка на русский осуществлен аспиранткой С. Писчиковой (МГУ им. М.В. Ломоносова).

⁵ В соответствии с Конституцией Южно-Африканской Республики 1996 г. суды в ЮАР состоят из:

- Конституционного суда;
- Верховного апелляционного суда;
- высоких судов;
- судов магистратов.

2. Гражданское судопроизводство в высших судах Южной Африки имеет состязательный характер¹. Оно «обязано своим происхождением и, в сущности, соответствует английскому судопроизводству»². В этой связи право Южной Африки является правом особого рода (*sui generis*): материальное право происходит от права гражданского (т.е. романо-германского), тогда как гражданско-процессуальное право в основном происходит от общего права³. Другими словами, в ЮАР существует смешанная правовая система.

3. Гражданский процесс в высших судах в основном регулируется Актом о Верховном суде № 59 1959 г. и Единообразными правилами судопроизводства⁴. Соответствующие высшие суды также имеют внутренние нормы и практические инструкции, изданные на основании присущих им полномочий по регулированию своих внутренних процедур⁵.

4. Конституция Южно-Африканской Республики 1996 г. включает в себя Билль о правах, ст. 34 которого предусматривает право на справедливое судебное разбирательство⁶. Эта статья закладывает основу всего гражданского судопроизводства в высших судах.

В. Необходимость реформы

1. Гражданское процессуальное право на протяжении веков испытывало постоянную потребность в изменениях, которые соответствовали бы и отвечали требованиям общества⁷.

2. В эпоху нового социально-политического и экономического курса, который установился в Южной Африке после падения апартеида в 1994 г., южноафриканское гражданское процессуальное право продолжает испытывать необходимость в изменениях с тем, чтобы оно могло отвечать потребностям общества.

3. Наиболее значимая проблема, стоящая перед южноафриканским гражданским процессом, — сделать судопроизводство менее затратным⁸, а суды — более доступными для гораздо большего числа людей.

¹ См., например: D.E. Van Loggerenberg, *Hofbeheer en Partybeheer in die Burgerlike Litigasieproses: 'n Regshervormingsonderzoek*, unpublished LLD-thesis, University of Port Elizabeth, 1987, ch. 3–5; De Vos, Van Loggerenberg, *The activism of the judge in South Africa* // 1991 (4) TSAR 592.

² См.: Erasmus, *Historical Foundations of the South African Law of Civil Procedure* // 1991 (108) SALJ 265.

³ См.: Erasmus, *The Interaction of Substantive and Procedural Law: The South African Experience in Historical and Comparative Perspective* // 1990 (1) Stellenbosch Law Review 348. Как будет показано в настоящем докладе, на право Южной Африки также повлияло законодательство Голландии.

⁴ Единообразные правила судопроизводства созданы Комиссией по регулированию правил судопроизводства, которая в соответствии со ст. 2 и 6 Акта о комиссии по регулированию правил судопроизводства № 107 1985 г. имеет полномочия по созданию, изменению и отмене правовых норм в отношении в том числе высоких судов.

⁵ В соответствии со ст. 173 Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г. высокие суды имеют неотъемлемое право охранять и регулировать свои внутренние процедуры, а также развивать общее право с учетом интересов правосудия.

⁶ Статья 34 гласит:

«Каждый имеет право на рассмотрение и разрешение любого спора, который может быть решен через применение закона, путем публичного слушания дела в суде или в соответствующих случаях в ином независимом и беспристрастном судебном органе или суде общественного мнения».

⁷ См.: Erasmus, *Civil Procedural Reform — Modern Trends* // 1999 (10) Stellenbosch L. Rev. 3.

⁸ В широком смысле слова «судебные издержки» (*expensae litis*) представляют собой расходы, которые несет тяжущийся в исковом или другом судебном процессе, и они включают в себя денежные

4. Как Роско Паунд (*Roscoe Pound*)¹ выражал тревогу относительно, помимо прочего, затягивания судебных дел и устаревших процессуальных норм, так и жителей Южно-Африканской Республики это беспокоит все больше и больше.

5. Правительство Южно-Африканской республики осознало необходимость реформы. Так, в отчете заседания Кабинета министров, проведенного 5 мая 2010 г., сказано следующее:

«Кабинет министров обсудил Проект реформы гражданского правосудия, который направлен на повышение эффективности системы гражданского правосудия. Основная цель Проекта — обеспечить быструю, доступную и простую процедуру разрешения гражданско-правовых споров. Задача указанного Проекта — исследование следующих составляющих: повышение эффективности гражданских судов; влияние действующих положений законодательства на систему гражданского судопроизводства и их результативность; упрощение судебных процедур и судопроизводства; модернизация судебной системы; эффективное управление делами; и гармонизация правил судопроизводства.

Кабинет министров одобрил **Законопроект о поправках к Конституции**. Законопроект устанавливает, помимо прочего, определение роли Верховного судьи в качестве главы судебной системы; изменение наименования «магистратские суды» на «суды низшей инстанции»; предусматривает единый «высокий суд Южной Африки», состоящий из различных судебных отделений; утверждает конституционный суд в качестве высшего суда государства по любым вопросам и также регулирует компетенцию конституционного и верховного судов; закрепляет структуру и функции Комиссии судебной службы. Законопроект будет в ближайшее время опубликован для публичного обсуждения.

Законопроект о высших судах был одобрен для передачи на рассмотрение в Парламент. Этот законопроект имеет целью рационализировать, усовершенствовать и консолидировать правовые нормы, относящиеся к Конституционному суду, Высшему апелляционному суду и Высокому суду, в едином акте парламента. Указанным законопроектом существующие специализированные суды, которые эквиваленты по статусу Высокому суду, такие как Апелляционный суд конкурентного права, Суд по избирательным спорам, Налоговый суд, Суд по трудовым спорам и Суд по земельным спорам, включаются в состав Высшего суда Южной Африки в качестве специализированных судебных отделений».

6. На заседании Кабинета министров 5 мая 2010 г. были одобрены задачи Проекта реформы гражданского правосудия. Они включают в себя следующее:

- повышение эффективности гражданских судов;
- влияние норм действующего законодательства на систему гражданского судопроизводства и их результативность;

средства, причитающиеся судебному представителю (т.е. солиситору), в том числе его гонорар и понесенные им расходы, последние включают, например, гонорар консультанта (т.е. гонорар, причитающийся барристеру), гонорар судебного исполнителя и расходы, понесенные на участие свидетелей в процессе. Общее правило по вопросу о судебных издержках заключается в том, что сторона, выигравшая дело, должна возместить понесенные ею расходы, и от этого правила не должно быть отступлений, за исключением случаев, когда есть достаточные основания для такого отступления, такие как наличие неправомерных действий со стороны участника процесса, выигравшего дело, или иные исключительные обстоятельства.

¹ *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* // (1906) 29 (ABA) Rep 395. Сокращенная версия вышла в 1971 г. в *American Bar Association J.* 348.

- доступность и экономическую эффективность;
- внедрение механизмов альтернативного разрешения споров (*ADR*) и обязательную систему передачи дела на рассмотрение (суд на основе медиации и суд на основе арбитража);
- упрощение судебных процедур и судопроизводства;
- модернизация судебной системы;
- эффективное управление делами;
- гармонизация правил судопроизводства.

7. Помимо заслуживающего одобрения Проекта реформы гражданского правосудия высшие суды в недавнем прошлом предприняли попытку реформирования различных аспектов гражданской процессуальной системы. Эта реформа, проведенная высшими судами, была спровоцирована положениями Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г., в частности ее 34-й статьей. Указанная реформа рассматривается далее.

С. Развитие процессуальной реформы

8. Предварительное судебное решение

8.1. Предварительное судебное решение представляет собой исключительное, упрощенное и промежуточное средство правовой защиты в праве Южно-Африканской Республики, предназначенное для того, чтобы дать право кредитору, имеющему ликвидное (причитающееся немедленно и безусловно) основание требований, быстро получить решение суда без обращения к более затратному и медленному механизму обычного судебного процесса, который не может быть быстро реализован¹. Предварительное судебное решение предотвращает использование ответчиком ненадлежащих средств защиты путем «выигрывания времени»².

8.2. Следующие характеристики предварительного судебного решения показывают его отличия от иных средств правовой защиты:

8.2.1. Оно приводит только к предварительному или промежуточному судебному приказу, а окончательное судебное разбирательство по-прежнему должно быть произведено по основному делу.

8.2.2. Оно уполномочивает истца, с одной стороны, получить денежные средства по решению суда немедленно, т.е. до предъявления основного иска, а с другой — позволяет ответчику настаивать на сохранности выплаченных денежных средств в ожидании окончательного результата рассмотрения основного дела³.

8.3. Исторически Высший суд, рассматривая дела, по которым вынесено предварительное судебное решение, имел право только отказать в вынесении предва-

¹ См.: *Erasmus Superior Court Practice* / Van Loggerenberg, Farlam (eds), main vol. B1-62, п. 2 и приведенные там источники. Предварительное судебное решение также проникло в Южную Африку как часть законодательства Голландии.

² См. Решение Конституционного суда Южной Африки по делу *Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd v. Land and Agricultural Development Bank of South Africa t/a The Land Bank* 2011 (3) SA (CC) at 9E-F.

³ Хотя судебное решение, полученное путем применения процедуры вынесения предварительного судебного решения, по своей сути является только предварительным и не препятствует возбуждению основного дела ответчиком, в подавляющем большинстве случаев последующие шаги не предпринимаются и предварительное судебное решение автоматически становится окончательным решением суда (*Erasmus Superior Court Practice*, main vol. B1-63).

рительного судебного решения, если ответчик (в его аффидавите)¹ подтверждает вероятность разрешения основного дела в пользу ответчика.

8.4. В постановлении по делу *Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd v. Land and Agricultural Development Bank of South Africa t/a The Land Bank*² Конституционный суд Южно-Африканской Республики пришел к выводу, что предварительное судебное решение устанавливает ограничения для реализации ответчиком права на справедливое судебное разбирательство по смыслу ст. 34 Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г. в случаях, когда:

- (i) характер возражений, выдвинутых ответчиком, не позволяет ему показать возможность разрешения спора в его пользу без использования устных показаний;
- (ii) ответчик не имел возможности погасить признанный судом долг; и
- (iii) суд не имел полномочия по собственному усмотрению в отсутствие точно установленных «особых обстоятельств» отказать в вынесении предварительного судебного решения.

Суд установил³, что общее право должно развиваться так, чтобы суды в будущем имели полномочие по собственному усмотрению отказывать в вынесении предварительного судебного решения при наличии следующих обстоятельств:

- (i) невозможность погасить признанный судом долг;
- (ii) теоретически равное соотношение возможности выигрыша основного дела для сторон; и
- (iii) наличие достаточных оснований полагать, что устные показания могут сместить соотношение возможности выигрыша дела в пользу ответчика.

Были установлены, помимо прочих, следующие правила⁴:

«3. Процедура вынесения предварительного судебного решения признается противоречащей Конституции и не подлежит применению в тех случаях, когда она не дает судам полномочия по своему усмотрению отказывать в вынесении предварительного судебного решения, когда:

- (a) характер выдвинутых ответчиком возражений не позволяет ответчику показать возможность разрешения спора в его или ее пользу без использования устных показаний;
- (b) ответчик не имеет возможности погасить признанный судом долг; и
- (c) в отсутствие «особых обстоятельств» суд не имеет полномочий по собственному усмотрению отказывать в вынесении предварительного судебного решения.

4. Общее право развивается так, что суды в будущем будут иметь полномочие по собственному усмотрению отказывать в вынесении предварительного судебного решения только в случаях, когда ответчик показывает:

- (a) невозможность погасить признанный судом долг;
- (b) теоретически равное соотношение возможности выигрыша основного дела для сторон; и
- (c) наличие достаточных оснований полагать, что устные показания могут сместить соотношение возможности выигрыша дела в пользу ответчика».

¹ По общему правилу процедура вынесения предварительного судебного решения основывается на двух аффидавитех (письменных заявлениях под присягой): аффидавит ответчика в ответ на требование о вынесении предварительного судебного решения и аффидавит истца в ответ на аффидавит ответчика.

² 2011 (3) SA 1 (CC) at 22H-J.

³ At 23A-B.

⁴ At 24C-I.

9. Решение, вынесенное в порядке упрощенного судопроизводства

9.1. Процедура вынесения решения в порядке упрощенного судопроизводства была введена в Англии во второй половине прошлого века с целью защитить интересы истца в случае, если ответчик, который не может противопоставить добросовестную (*bona fide*) защиту или выдвинуть против иска возражение, которое должно быть рассмотрено судом, возражает против иска только для того, чтобы отсрочить предоставление истцу судебной защиты его прав¹. Решение, вынесенное в порядке упрощенного судопроизводства, на протяжении многих лет рассматривалось высокими судами как чрезвычайное и очень строгое средство правовой защиты, поскольку оно закрывает доступ в суд для ответчика и допускает вынесение судебного решения без проведения судебного разбирательства².

9.2. Решение, вынесенное в порядке упрощенного судопроизводства, тем не менее прошло проверку на соответствие ст. 34 Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г. По делу *Joob Joob Investments (Pty) Ltd v. Stocks Mavundla Zek Joint Venture*³ Верховный апелляционный суд, высказывая мнение о том, что возможно пришло время снять ярлыки, такие как «чрезвычайный» и «радикальный», установил:

«Мотивы для существования процедуры вынесения решения в порядке упрощенного судопроизводства безупречны. Эта процедура не имеет своей целью лишить ответчика, выдвинувшего возражения, подлежащие рассмотрению в суде, или имеющего обоснованную позицию защиты, возможности быть заслушанным в суде. После практически векового успешного применения в наших судах, процедура вынесения решения в порядке упрощенного судопроизводства вряд ли может продолжаться называться чрезвычайной. Наши суды, как первой, так и апелляционной инстанций, на протяжении этого времени справедливо выражали уверенность в том, что ответчик, имеющий возражения, подлежащие рассмотрению в суде, не лишен доступа к процессу. По делу *Maharaj*⁴ судья Корбетт (Corbett JA) стремился обеспечить, во-первых, исследование как того, были ли ответчиком достаточно раскрыты характер и основания его возражений, так и фактов, на которых его возражения основаны. Далее рассматривается вопрос о том, что возражения, раскрытые таким образом, должны быть также добросовестными и юридически обоснованными. Суд, убедившийся в том, что указанные условия выполняются, таким образом, обязан отказать в вынесении решения в порядке упрощенного судопроизводства. Корбетт также предостерегает против требования о том, чтобы возражения ответчика точно соответствовали основаниям иска. Вместе с тем ученый судья был в равной степени проникновенен, чтобы убедиться в том, что неисправные должники выплачивают то, что причитается кредитору.

С учетом его целей и его надлежащего применения, процедура вынесения решения в порядке упрощенного судопроизводства внушает страх и является «радикальной» только для того ответчика, который не имеет обоснованных возражений. Возможно, пришло время снять ярлыки и сконцентрироваться на правильном применении закона».

¹ *Erasmus Superior Court Practice*, main vol. B1-205/206.

² *Erasmus Superior Court Practice*, main vol. B1-206.

³ 2009 (5) SA 1 (SCA) at 11G-12D.

⁴ *Maharaj v. Barclays National Bank Ltd* 1976 (1) SA 418 (A).

10. *Arrest tanquam suspectus de fuga* (по подозрению в намерении совершить побег)

10.1. Высшие суды в соответствии с положениями ст. 19(1)(c)(i) Акта о Верховном суде № 59 1959 г. уполномочены отдавать приказ об аресте лица, подозреваемого в намерении совершить побег, с целью защитить кредитора такого лица путем задержания и заключения под стражу лица, которое намеревается скрыться с целью избежать уплаты долга кредитору¹.

10.2. Применительно к судам низшей юрисдикции Южной Африки (т.е. в судах магистратов) в ст. 30(1) Акта о судах магистратов № 32 1944 г. десятилетиями содержалась аналогичная правовая норма.

10.3. В решении по делу *Malachi v. Cape Dancing Academy Int (Pty) Ltd*² Высокий суд Западной Капской провинции объявил нормы общего права, которые позволяют арестовывать по подозрению в намерении совершить побег (*tanquam suspectus de fuga*), противоречащими Конституции³ и не подлежащими применению. Суд также провозгласил формулировку «арест *tanquam suspectus de fuga*» в ст. 30(1) Акта о судах магистратов № 32 1994 г. неконституционной и не подлежащей применению.

10.4. В постановлении по делу *Malachi v. Cape Dance Academy International (Pty) Ltd*⁴ Конституционный суд Южно-Африканской Республики подтвердил установление несоответствия Конституции, сделанное Высоким судом Западной Капской провинции.

10.5. Результатом всего вышесказанного стало то, что должник более не может быть арестован по подозрению в намерении совершить побег (*suspectus de fuga*).

10.6. Ожидается, что ст. 19(1)(c)(i) Акта о Верховном суде № 59 1959 г. будет должным образом изменена, с тем чтобы отобразить вышеуказанные положения.

11. Наложение ареста с целью установления или подтверждения юрисдикции

11.1. Исторически ст. 19(1)(c) Акта о Верховном суде № 59 1959 г. предоставляла высоким судам полномочие давать разрешение на юрисдикционный арест с целью определить юрисдикцию суда и подтвердить таковую⁵.

11.2. В решении по делу *Bid Industrial Holdings (Pty) Ltd v. Strang (Minister of Justice and Constitutional Development, Third Party)*⁶ Верховный апелляционный суд Южно-Африканской Республики установил, что арест с целью установить или подтвердить юрисдикцию нарушает право лица на свободу и личную неприкосновенность, которое закреплено в ст. 12(1) Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г. Он также установил, что ст. 19(1)(c) в части, разрешающей юрисдикционный арест,

¹ Цель ареста *suspectus de fuga* — предотвратить выезд должника за пределы юрисдикции суда до тех пор, пока должник не предоставит обеспечение долга таким образом, чтобы против должника в судебном процессе, в котором долг подлежит доказыванию, могло быть вынесено исполнимое судебное решение (см., например, *Segal v. Diner Club SA (Pty) Ltd* 1974 (1) SA 273 (T) at 275).

² [2010] 3 All SA 86 (WCC).

³ В связи с тем, что такой арест нарушает фундаментальные конституционные права должника, в том числе право на свободу, равенство и человеческое достоинство.

⁴ 2010 (6) SA 1 (CC) at 19A-B.

⁵ Процедура наложения ареста с целью установления или подтверждения юрисдикции также проникла в Южную Африку как часть законодательства Голландии.

⁶ 2008 (3) SA 355 (SCA). Судебное решение не лишено критики: см., например: Bekker, Van Loggenberg, *Freedom from arrest for the foreign debtor: A jurisdictional perspective*.

нарушает те права и свободы, которые Конституция старается выдвинуть на первый план, а именно человеческое достоинство, равенство и свободу.

11.3. В указанном выше деле суд развил нормы общего права путем отмены общеправовой нормы об аресте с целью установления и подтверждения юрисдикции и принятия вместо нее, когда однозначно установить юрисдикцию нет возможности, практики, согласно которой Высокий суд будет иметь юрисдикцию, если повестка в суд вручена ответчику в то время, когда он находился в Южной Африке, и есть достаточная связь между судебным спором и территорией юрисдикции суда, таким образом, рассмотрение и разрешение дела этим судом будет уместным и целесообразным.

11.4. Соответствующие положения ст. 19(1)(с) в связи с этим утратили свою значимость и могут быть исключены путем внесения поправок в законодательство.

12. Производство по исполнению судебных решений

12.1. В соответствии с правилом 46 Единообразных правил судопроизводства исполнение судебного решения согласно судебному приказу может быть произведено путем взыскания недвижимого имущества должника¹, если такое недвижимое имущество было признано подлежащим взысканию. Согласно постановлению Конституционного суда Южно-Африканской Республики по делу *Gundwana v. Steko Development and Others*² только суд вправе признавать основное место жительства должника (т.е. место, в котором должник постоянно или обычно проживает)³ подлежащим взысканию.

12.2. Результатом постановления по вышеуказанному делу стало признание несоответствующим Конституции обращение взыскания на основное место жительства физического лица, которому дано фундаментальное конституционное право, не позволяющее лишать его или ее жилища без решения суда, постановленного с учетом всех относящихся к делу обстоятельств (ст. 26(3) Конституции Южно-Африканской Республики 1996 г.).

D. Заключение

13. Настоящий доклад показывает достоинства гражданско-процессуальной системы и ее реформу, основанную на фундаментальных правах и свободах, закрепленных в Конституции.

14. Без таких фундаментальных прав и свобод, которые, несомненно, служат основой развития гражданско-процессуальной системы и (или) являются ее характерными элементами, реформаторы были бы в значительном затруднении.

15. Достоинство южноафриканской гражданско-процессуальной системы состоит в том, что она не является застывшей и неизменной, а, напротив, может, руководствуясь Конституцией Южно-Африканской Республики 1996 г., развиваться не только для того, чтобы высокие суды стали более доступными для гораздо боль-

¹ Имеются в виду только физические лица (*FirstRand Bank Ltd v. Folscher* 2011 (4) SA 314 (GNP)).

² 2007 (4) SA 380 (SCA).

³ Дополнительные жилые помещения, например дача, не подпадают под действие этого постановления (*FirstRand Bank Ltd v. Folscher* 2011 (4) SA 314 (GNP)).

шего числа людей, но и для того, чтобы защищать фундаментальные гражданские права, закрепленные в Конституции, и в особенности право на справедливое судебное разбирательство, содержащееся в ее ст. 34. Такому развитию может способствовать законодательный орган, как и высокие суды в рамках присущей им компетенции по регулированию своих внутренних процедур и развитию общего права.

Мурат Осунай (*Murat Ozsunay*)¹

ТУРЕЦКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

1. Общая характеристика турецкого гражданского процесса

1. Дореспуббликанский строй – Османская империя (1299–1923 гг.)

До второй половины XIX в. процессуальное право Османской империи (далее – Империя) было исламским. Правосудие, будучи основанным на религиозных канонах, отправлялось в религиозных судах (суды шариата). Процесс был един как для гражданских, так и для уголовных дел. Следует помнить, что османов (официально называемые *millet*, что означает народ), т.е. население Империи, которое исторически состояло из представителей разных рас и национальностей, было мультикультурным и многоконфессиональным. Результатом подобного разнообразия стала частичная автономия определенных групп населения³, позволившая учредить в рамках религиозных общин общинные (*cemaat*) суды, которые находились под предводительством местных религиозных лидеров.

Более того, так называемые консульские суды (*konsolosluk mahkemeleri*) определенных привилегированных государств также могли применять свою юрисдикцию для разрешения межгосударственных споров в Османской империи.

Танзимат⁴ (имперский эдикт о реформе) 1839 г., установивший частичную секуляризацию (т.е. европеизацию права), явился контрольной точкой в истории турецкого законодательства: процессуальное и материальное право континентальной Европы начало оставлять следы в турецких актах, таких как, в частности, Уголовный кодекс 1840 г. и первый Торговый кодекс (*Kanunname-i Ticaret*, 1850)⁵, навеянные французским влиянием. Исключением из данной кодификации стал *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*⁶ (1877), аутентичный детализированный квазигражданский кодекс, основанный на исламских принципах, но представленный в форме закона. Он не регулировал личное, семейное и наследственное право, однако в него вошли некоторые процессуальные нормы, применяемые как в религиозных (*ser'ive*), так

¹ Адвокат юридической фирмы «Осунай и партнеры» (*Ozsunay law office*) (Турция).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен И. Дибировым (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ См. на ПК *millet* в Британской энциклопедии 2002 г. Расширенная версия DVD.

⁴ См. на ПК *Tanzimat* в Британской энциклопедии 2002 г. Расширенная версия DVD.

⁵ Fatmagul Demirel, *Adliye Nezareti: Kurulusu ve Faaliyetleri (1876–1914)*, İstanbul, Bogazici Universitesi Yayinevi, 2008.

⁶ См. на ПК *Mecelle* в *Cevdet Pasa, Ahmet* в Британской энциклопедии 2002 г. Расширенная версия DVD.

и в светских уголовных и гражданских судах (*nizamiye*), учрежденных в начале 1860-х гг.¹ Исторически процессуальные нормы не закреплялись в отдельных законодательных актах, поэтому их включение в кодексы, содержащие нормы материального права, воспринималось как обыденное явление². *Mecelle* действовал до 1926 г., т.е. еще три года после установления Турецкой Республики (1923 г.).

Наряду с постепенным и выверенным учреждением светского Министерства юстиции в качестве законодательной модели был добровольно выбран французский Гражданский процессуальный кодекс³. Последствия стали очевидны в принятии следующих законов: *Usulü Muhakeme-i Ticariye Nizamnamesi*⁴ (IC 1278)⁵ (Закон о коммерческой процедуре) 1861 г., применяемый только в светских торговых судах. Изначально данные суды были отнесены к Министерству торговли, впоследствии — к Министерству юстиции.

Как отмечалось выше, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (1877 г.), будучи изначально квазигражданским кодексом, все же регулировал некоторые процессуальные вопросы, поскольку последние не были еще должным образом кодифицированы.

*Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu*⁶ 1879 г. (Гражданский процессуальный кодекс) предназначен для судопроизводства в торговых и светских гражданских судах. Кодекс не применялся в религиозных судах; Закон 1862 г., однако, продолжал действовать и применяться в определенных судах Империи⁷.

*Zeyî*⁸ (Приложение) 1911 г. внес существенные поправки в вышеуказанные законы, часть которых была впоследствии подвергнута изменениям.

Следует отметить, что система светских судов Османской империи также предлагала вариант мирового соглашения, к которому стороны приходили с помощью местного совета старейшин⁹.

Для справедливого представления интересов вышеупомянутых общин, исповедовавших разные религии, в спорах между мусульманами и немусульманами окончательные решения выносились судебной коллегией, состоящей из равного числа судей мусульман и немусульман.

¹ Delmar Karlen, İlhan Arsel, *Civil Litigation in Turkey*, Ankara, Ajans-Türk Press, 1957, p. 7.

Детально о правовой системе и европеизации права в период Османской империи после установления Турецкой Республики см.: Ergun Özsunay, *Legal Science during the Last Century: Turkey* // M. Rotondi (ed.), *La science du droit au cours du dernier siècle = La scienza del diritto nell'ultimo secolo = Die Rechtswissenschaft im letzten Jahrhundert = Legal science during the last century = La ciencia del derecho en el ultimo siglo*, Padova, CEDAM, 1976, p. 693, 697.

См. также: Ergun Özsunay, *The Total Adoption of Foreign Codes in Turkey and its Effects* // *Le Nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione* / Università degli studi di Bari, Quaderni degli Annali della Facoltà di giurisprudenza, II, Milano, A. Giuffrè, 1979, p. 801.

² Saim Üstündag, *Medeni Yargilama Hukuku*, Cilt I–II, Istanbul, Nesil Matbaacilik, 2000, p. 84 [далее — *Saim Üstündag*].

³ Французский *Code de Procédure Civile* (1806) [далее — французский ГПК 1806 г.].

⁴ [далее — Закон 1862 г.]; Hakan Pekcanitez, Oguz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 5. ed., Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, p. 50 [далее — *Pekcanitez, Atalay & Özkes*].

⁵ Исламский календарь (ИК), использовавшийся в Османской империи до установления Турецкой Республики.

⁶ [далее — Кодекс 1879 г.]; *Pekcanitez, Atalay & Özkes*, p. 50.

⁷ *Pekcanitez, Atalay & Özkes*, p. 50.

⁸ [далее — 1911 *Annex*], Saim Üstündag, p. 84.

⁹ Fatmagül Demirel, *cit.*

Несмотря на то, что юрисдикция религиозных судов сократилась по сравнению с судами светскими, они продолжали действовать до установления Республики (1923 г.). В 1915 г. (IC 1331) увидел свет *Usulü Muhakematı Seriyе Kararnamesi* (Де-крет о судопроизводстве в религиозных судах), последний процессуальный акт в истории Империи¹.

II. Турецкая Республика (1923)

Гражданские процессуальные кодексы 1927 г. и 2011 г.

Турецкая Республика была создана в 1923 г.² Впоследствии Турция постепенно стала светской страной, что частично было связано с действовавшими «источниками» права. Мустафа Кемаль Ататюрк (1881–1938), отец-основатель Республики, выступил за быструю и комплексную модернизацию и секуляризацию турецкого права. Это было достигнуто посредством принятия «избранных» кодексов стран континентальной Европы с незначительными поправками. Процессуальное право, однако, не подверглось радикальным изменениям. Как отмечалось выше, турецкое торговое и впоследствии гражданское судопроизводство с XIX в. по большей части основывалось на французской процессуальной модели.

Добровольное принятие Турцией в 1927 г. швейцарского ГПК кантона Нёвшатель³ 1925 г. стало результатом относительно незначительных изменений в бывшую францужско-турецкую картину судопроизводства, действовавшую на территории Османской империи уже более полвека⁴.

Примерно за год до принятия этого кодекса турецкое материальное право претерпело изменения. В 1926 г. Гражданский кодекс, т.е. *Türk Kanunu Medenisi*⁵, и сопутствующий ему *Borçlar Kanunu*⁶ (Кодекс обязательств, далее — КО) были также заимствованы

¹ Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

² Республика установилась после поражения Оттоманской империи в Первой мировой войне (1918 г.), которое сопровождалось вторжением в столицу Империи Стамбул (1453–1923) и на территорию Малой Азии (в Анатолию), т.е. в ключевые земли Империи. Эти события повлекли за собой турецкую войну за независимость (1919–1922), предводителем и впоследствии победителем которой стал генерал Мустафа Кемаль Ататюрк (1881–1938). Столицей новой республики стала Анкара.

³ *Code de Procedure Civile* (от 7 апреля 1925 г.) [далее — Нёвшательский кодекс 1925 г.].

Этот Кодекс действовал до принятия нового кантонального Кодекса (*Code de Procedure Civile*, от 30 сентября 1991 г.), вступившего в силу 1 апреля 1992 г. [далее — Нёвшательский кодекс 1991 г.].

См. также: H. Yavuz Alangoya, Kamil Yildirim, Nevhis Deren Yildirim, *Medeni Usul Hukuk Esasları*, 4. ed., Istanbul, Alkin, 2004 p. 34.

⁴ Karlen, Arsel, *cit.* p. 5–7.

⁵ № 743 (*Official Gazette*, 04.04.1926, No. 339) [далее — МК 1926 г.]. МК 1926 г. не принял во внимание положений и принципов исламского материального права, берущих начало в тексте Корана и комментариях к нему, включая нормы, касающиеся семейного и наследственного права. Он был частично усовершенствован и заменен в 2001 г. новым турецким ГК, *Türk Medeni Kanun* № 4721 (*Official Gazette*, 08.12.2001, No. 24607) [далее — ТМК 2001 г.]. Несмотря на новый принцип обозначения статей, ТМК 2001 г. все так же следовал основной швейцарской модели. Усовершенствованный *Borçlar Kanunu* (или Кодекс обязательств, далее — ВК), № 6098 (*Official Gazette*, 04.02.2011, No. 27836) продолжает нести черты швейцарского влияния. Он вступил в силу 1 июля 2012 г.

⁶ № 818 (*Official Gazette*, 08.05.1926, No. 366) [далее — ВК 1926 г.]. Закон о компаниях был упразднен. Его нормы содержались в *Türk Ticaret Kanunu* (Турецком торговом кодексе), который впоследствии был заменен в 1956 г. *Türk Ticaret Kanunu* № 6762 (*Official Gazette*, 09.07.1956, No. 9353) [далее — ТТК]. Данный Кодекс в некоторых моментах основан на модели немецкого *Handelsgesetzbuch (HGB)* благодаря влиятельному немецко-турецкому профессору, доктору Эрнсту Э. Хиршу (*Ernst E. Hirsch*; 1902–1995). ТТК

в турецкое законодательство из швейцарского¹. Новое материальное право потребовало пересмотра и унификации существующих процессуальных норм. Содержание турецкого ГК 1926 г. систематически пополнялось, и в 2001 г. по его образцу был принят новый ГК (*Türk Medeni Kanunu*, № 4721). Содержание КО 1926 г. и Турецкого торгового кодекса 1956 г. (*Türk Ticaret Kanunu*) также было дополнено. Оба новых кодекса (№ 6098 и 6102 соответственно) начинают действовать с 1 июля 2012 г.

Гражданский процессуальный кодекс франкоязычного кантона Нёвшатель (1925 г.) был выбран по нескольким причинам²: он являлся самым новым европейским кодексом на то время; влиятельный профессор стамбульского юридического факультета изучал право именно в Нёвшателе; большинство юристов турецкой Законодательной комиссии 1925 г. могли, не прилагая усилий, ознакомиться с оригинальным текстом закона, поскольку в качестве иностранного (европейского) языка в то время изучался французский³.

В турецком законе 1927 г. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu* (1927 / старый *HUMK* / ГПК) были сделаны некоторые отступления от нёвшательского первоисточника. Положения, заменившие оригинальный текст швейцарского ГПК, брались из разных источников. Некоторые уже существовавшие положения *Usulü Muhakemati Hukukiye* 1879 г. оставались в силе. Другие же нормы основывались на модели немецкого *Zivilprozessordnung*⁴. В частности, нормы, касающиеся доказательств (нем. *Beweismaterial*) и сделок в особой письменной форме, были заимствованы из французского права⁵.

Вслед за принятием в *HUMK* 1927 г. внесли 37 поправок, большинство из которых были сделаны с целью ускорения судопроизводства⁶. Однако данных поправок не всегда хватало и не всегда они были в достаточной мере эффективны, чтобы обеспечить выполнение соответствующих задач, что приводило к их критике. В частности, утверждали, что они нарушали подлинную целостность ГПК. Кроме того, некоторые нормы были пересмотрены и перенесены из *HUMK* 1927 г. в более специализированные законодательные акты⁷. Помимо внесения различных поправок предпринимались также многочисленные попытки «перепринять» весь *HUMK*.

был также усовершенствован: турецкий торговый кодекс, № 6102 (*Official Gazette*, 14.02.2011, No. 27846), вступил в силу 1 июля 2012 г.

¹ Некоторые «федеральные» моменты этих добровольно принятых кодексов были естественным образом урезаны для республиканской, централизованной системы турецкого правосудия.

² Saim Üstündag, p. 84.

³ С 1950 г. в турецкой академической среде в качестве иностранных языков доминировали английский и немецкий.

⁴ На данный момент *Zivilprozessordnung* от 05.12.2005 (*BGBI.* I S. 3202, ber. I 2006 S. 431, ber. I 2007 S. 1781, с изменениями) [далее — *German ZPO*].

⁵ Pekcanitez, Atalay & Özkes, p. 50.

⁶ Timuçin Muşul, *cit.*

⁷ Например, в *HUMK* 1927 ст. 114–148 были перемещены в *Tebliğat Kanunu* [далее — *TebK*] (или Закон об уведомлениях), ст. 61 была перемещена в *Avukatlık Kanunu* [далее — *AaaL*] (или Закон об адвокатах), ист. 18, 537–545 были перемещены в Закон о международном частном и процессуальном праве 1982 г. № 2675 [далее — 1982 *МОНУК*], который был заменен в 2007 г. по подзаконному акту № 5718 [далее — 2007 *МОНУК*].

См.: BAKI KURU, Ramazan Arslan, Ejder Yilmaz, *Medeni Usul Hukuku — Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin, 2006, p. 78. С 2001 г. вступили в силу *Milletlerarası Tahkim Kanunu* № 4686 [далее — *AIA*] (или Закон о международном арбитраже) и положения *HUMK* 1927 г. об арбитраже (включавшие устаревшие, редко используемые нормы).

Однако до 2011 г. Великое национальное собрание Турции (ВНСТ), т.е. парламент, не приняло ни один из проектов кодексов 1946, 1952, 1955, 1967, 1971 и 1993 гг.¹

В *НМК* 1927 г. в последние годы были внесены следующие изменения, вошедшие позже в ГПК 2011 г.:

Право возобновить судебное разбирательство (*yargilamanin yenilenmesi*) было введено по отношению к завершённым делам, в которых ЕСПЧ обнаружил нарушение права на справедливое судебное разбирательство по ст. 6 Европейской конвенции по правам человека².

Были добавлены новые правила, касающиеся допустимости таких доказательств, как электронные данные и документы с электронной подписью.

В двухзвенную структуру гражданских судов были добавлены районные суды второй инстанции (*istinaf*), однако они еще не работают.

Внесение поправок в турецкий ГПК 1927 г. не обязательно происходило параллельно с изменением Нёвшательского кодекса. Нёвшательский кодекс 1925 г. в 1992 г.³ был заменен новым кодексом, а позже Федеральным кодексом, вступившим в силу 1 января 2011 г. В своих сравнительных трудах турецкие ученые всегда делали ссылки на первоначальный кодекс 1925 г., а не на последующий, принятый в 1992 г.⁴ Отныне ссылаться еще будут на Швейцарский федеральный кодекс, который также явился значительным источником воздействия на турецкое процессуальное законодательство.

В итоге новый Гражданский процессуальный кодекс (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (2011 *НМК*) № 6100) был принят 12 января 2011 г. и вступил в силу 1 октября 2011 г. (официальное опубликование — 4 февраля 2011 г. № 27836). Кроме положений о «предметной подсудности» в ГПК 2011 г. был включен текст законопроекта 2009 г. с незначительными изменениями. Моя статья о законопроекте 2009 г.⁵ охватывает все изменения в турецком процессуальном законодательстве.

Вкратце самые значительные переформулировки и поправки в *НМК* приводятся в следующем списке:

- Некоторые устоявшиеся концепции и практики нашли свое место в *НМК*, такие как, например, «временная правовая защита» (ст. 389–405), «временные меры» (*НМК* искусств ст. 389–399) и «регистрация доказательств» (ст. 400–405), прямое вмешательство третьей стороны (*aslimüdahale*) (ст. 65)⁶.

¹ *НМК-Т* законодательный комментарий — Главная часть (*Genel Gerekeçe*) воспроизведена: Ali Cem Budak, *Karsilastirmali Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarisi* (сравнительные тексты кодексов, с комментариями, основанные на варианте *НМК-Т* до июня 2009 г.), 2. ed., XII Levha, Istanbul, февраль 2009, р. 1 [далее — *Ali Cem Budak*].

² Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, art. 6(1) [далее — Европейская конвенция].

³ Code de procédure civile (CPCN), Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel, sur la proposition du Conseil d'État, du 11 mai 1988, et de la commission législative.

⁴ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu ve Ilgili Mevzuat* (избранные тексты Кодекса с примечаниями), 29. ed. Ankara, Yetkin, 2006), Neuchatel Kantonu Medeni Usul Kanunu (сокращенно Nös. UK), р. 21.

⁵ Özsunay, Murat, *The Turkish 2009 Draft Code of Civil Procedure, Eight Decades after the Voluntary Adoption of the Swiss-Neuchâtel Code of Civil Procedure, Common Law, Civil Law and the Future of Categories // Common Law, Civil Law and Future of Categories* / Ed. J. Walker, O.G. Chase, Canada, Lexis Nexis, 2010 [далее — Özsunay, 2009 *НМК-Т*].

⁶ Özsunay, 2009 *НМК-Т*, р. 126.

• Подробный список принципов, применяемых в гражданском процессе, включающий, *inter alia*, право быть заслушанным в суде, действовать добросовестно и говорить только правду (нем.: *handeln nach Treu und Glauben*) (ст. 24–33)¹.

• Предметная подсудность (*görev*) общих и специализированных судов переопределена и расширена: большая часть дел с материальными претензиями независимо от суммы иска рассматривается судами общей юрисдикции, т.е. является предметом полноценного «письменного разбирательства» (ст. 1–5)².

• Защита потерпевших: компенсационные иски за нанесение телесного вреда физическим лицам. Подобного рода иски против государственных компаний или органов подаются в суды общей юрисдикции, т.е. не разбираются в административных судах (ст. 3 *НМК*)³. Однако Конституционный суд (*Anayasa Mahkemesi*) в феврале 2012 г. признал ст. 3 *НМК* противоречащей Конституции, так как в тексте Основного закона прямо указана подсудность административных судов по отношению к любому возмещению вреда, причиненному административными органами. Данное решение КС еще не опубликовано.

• Действие соглашений о территориальной подсудности (*yetki*) сузилось под влиянием социального подхода, призванного защитить стороны с более слабыми переговорными позициями (ст. 5–19 *НМК*)⁴.

• Прямая ответственность государства за действия судей (ст. 46–49).

• Перечислены и определены уже существующие и новые виды гражданского судопроизводства (*dava çeşitleri*) (ст. 105–113 *НМК*)⁵.

В *НМК* впервые дается широкий перечень и определяются новые виды производств. Несмотря на то, что все данные виды производства известны доктрине и большинство из них применяется на практике, в законе они закрепляются впервые. К ним отнесены иски об исполнении (*eda davası*; нем. *Leistungsklage*)⁶, декларативные иски (*tespit davası*; нем. *Feststellungsklage*)⁷, иски об изменении прав или положения (*insaidava*; нем. *Gestaltungsklage*)⁸, иски с неопределенной ценой и декларативные судебные решения по искам с неопределенной ценой (*belirsiz alacak ve tespit davası*; нем. *unbeziiferte Forderungsklage*)⁹, частичные иски (*kismi dava*; нем. *Teilklage*)¹⁰, групповые иски (*davaların yigilmesi*; нем. *Klagenhäufung, Anspruchshäufung*)¹¹, иски с альтернативной подсудностью и определенной последовательностью (*terditli dava*)¹², иски об исполнении определенных обязанностей, не выбираемых должником (*seçimlik dava*)¹³, иск ассоциации или

¹ Özsunay, 2009 *НМК-T*, p. 127.

² Ibid., p. 130.

³ Ibid., p. 131–132.

⁴ Ibid., p. 132.

⁵ Ibid., p. 133.

⁶ *НМК*, ст. 105, id. 111. Cp. *Swiss Federal CCP*.

⁷ *НМК*, ст. 106, id. 112. Cp. *Swiss Federal CCP*, ст. 88; *Zivilprozessordnung* от 5 декабря 2005 г. (*BGBI. I S. 3202*, ber. I 2006 S. 431, ber. I 2007 S. 1781, с изменениями), § 256.

⁸ *НМК*, ст. 108, id. 114. Cp. *Swiss Federal CCP*, ст. 87.

⁹ *НМК*, ст. 107, id. 113. Cp. *Swiss Federal CCP*, ст. 85.

¹⁰ *НМК*, ст. 109, id. 115. Cp. *Swiss Federal CCP*, ст. 86.

¹¹ *НМК*, ст. 110, id. 116. Cp. *Swiss Federal CCP*, ст. 90; *Zivilprozessordnung* от 5 декабря 2005 г. (*BGBI. I S. 3202*, ber. I 2006 S. 431, ber. I 2007 S. 1781, с изменениями), § 260.

¹² *НМК*, ст. 111.

¹³ *НМК*, ст. 112.

юридического лица к определенной группе, квазигрупповой (*topluluk davasi*; нем. *Verbandsklage*)¹.

Новые виды гражданского судопроизводства, установленные НМК

Иски неопределенной стоимости и иски неопределенной цены, целью которых является вынесение декларативных судебных решений, турецкой практике ранее известны не были. «Новое» положение, которое на деле слово в слово перенято из Швейцарского федерального ГПК², позволяет истцу подавать иск, не имея разумной возможности полностью и окончательно определить на момент подачи его цену. То же имеет место в случаях, когда определить цену иска в принципе невозможно. Однако истцу нужно подтвердить наличие правоотношений, из которых следует соответствующая ответственность, и дать минимальный размер или цену иска. После принятия дела к производству, как только становится возможным определение точной цены иска, истцу позволяется увеличить изначальную минимальную заявленную цену. Поскольку данная практика закреплена в законе, последующее возрастание цены иска по инициативе истца не является нарушением. Кроме того, нельзя подать иск с частичными требованиями, если стороны пришли к консенсусу относительно предмета иска или относительно его вовсе не возникает никаких вопросов. В противоположность современному общему праву *НМК* не требует от истца заявить в подаваемом иске, что он оставляет за собой право предъявлять новые требования через последующие иски. Отсутствие подобного заявления не будет являться отказом от данного права в дальнейшем³.

Наконец, *НМК* позволяет ассоциациям и иным юридическим лицам подавать иски от своего имени (в соответствии с их уставами) в целях настоящей и будущей защиты от нарушений и установления прав своих работников, участников или группы лиц, которых они представляют. Этот новый процессуальный механизм, введенный с целью более эффективной защиты социальных интересов, имеет своими корнями англосаксонский подход к иску, хоть и несколько далек от него.

- Предварительные требования к подаче гражданского иска, т.е. процессуальные условия иска (*dava şartları*) (ст. 114, 115 *НМК*)⁴.

- Заново определены предварительные возражения (*ilkitirazlar*) (ст. 116, 117 *НМК*)⁵.

- Скорректированы и уменьшены в числе типы судебных процедур: «письменность» (*yazılı*) — ст. 118–183 и «упрощение» (*basit*) — ст. 316–322 *НМК*.

- Предусмотрены авансовые платежи для будущих судебных расходов (ст. 120 *НМК*)⁶.

- Добровольная смена сторон (*tarafra iradi değişiklik*) (ст. 124 *НМК*)⁷.

- В рамках письменного, упрощенного разбирательства и производства по пересмотру введена предварительная экспертиза (*öninceleme*) в качестве отдельной

¹ *НМК*, ст. 113, id. 119. Ср. *Swiss Federal CCP*, ст. 89.

² Швейцарский федеральный ГПК, ст. 85.

³ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (НМК) Tasarisiyle Simdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları* // (2007) 68 *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi* (Journal), p. 328, para. 36 [далее — *Bilge Umar*].

⁴ Özsunay, 2009 *НМК-T*, p. 134.

⁵ *Ibid.*, p. 135.

⁶ *Ibid.*, p. 136.

⁷ *Ibid.*, p. 132.

и обязательной предварительной стадии с целью выявить и разрешить определенные процессуальные проблемы как можно ранее (ст. 137–142, 320, 379 *НМК*)¹.

- Побуждение к мировому соглашению судьей во время стадии предварительной экспертизы (*tarafıları sulheteşvik*) (ст. 137/1, 140/2 *НМК*)².

- Аудиовизуальная связь с залом суда в настоящем времени (ст. 149 *НМК*)³.

- Разрешен перекрестный допрос представителям сторон (ст. 152 *НМК*)⁴.

- Ограничена возможность аудиовизуальной записи судебных слушаний (ст. 153 *НМК*)⁵.

- Дано прямое определение преюдициальных вопросов (*bekletici sorun*) (ст. 165 *НМК*)⁶.

- Частично изменены (*islah*) положения о ходатайствах сторон, (ст. 181/1 *НМК*).

- Определена обязанность сторон устанавливать и представлять доказательство по каждому обстоятельству, на которое она ссылается (ст. 194 *НМК*).

- Установлены типы документально подтвержденных доказательств (*belge*) (ст. 199 *НМК*)⁷.

- Отказ в признании подлинности документов с электронной подписью (ст. 210 *НМК*)⁸.

- Упразднена «дополнительная клятва» (*tamamlayıcı yemin*) по требованию суда (ст. 225–239 *НМК*)⁹.

- Формулировка присяги теперь носит светский характер (ст. 233 *НМК*)¹⁰.

- Приняты положения, определяющие порядок присяги для глухих (ст. 234 *НМК*).

- Установлено право суда отказаться от дальнейшего заслушивания свидетелей, если релевантная информация уже была получена (ст. 241 *НМК*).

- Закреплена обязанность судьи проинструктировать свидетеля относительно конкретных моментов до дачи показаний последним (ст. 260 *НМК*).

- Установлено право свидетеля на компенсацию за участие в процессе (ст. 265 *НМК*).

- Пересмотрены статус и ответственность назначаемых судом экспертов (ст. 269, 285 *НМК*)¹¹; правила, установленные *НМК* относительно назначаемых судом экспертов, аналогичны положениям турецкого УПК¹² (*СМК*).

Эксперты выбираются из ежегодно обновляемых списков, подготавливаемых комиссиями юстиции при районных гражданских судах (еще не функционируют, см. ниже). В то время как *НУМК* 1927 г. не требовал эксперта приносить присягу

¹ Özsunay, 2009 *НМК-Т*, р. 136.

² Ibid., р. 137.

³ Ibid., р. 142.

⁴ Ibid., р. 137.

⁵ Ibid., р. 143.

⁶ Ibid., р. 135.

⁷ Ibid., р. 127.

⁸ Ibid., р. 143.

⁹ Ibid., р. 139.

¹⁰ Ibid., р. 139.

¹¹ Ibid., р. 139–140.

¹² № 5271 (*Official Gazette*, 17.12.2004, No. 25673 [далее – *СМК*]).

и оставлял данную меру на усмотрение суда, современный *НМК* устанавливает обязательную присягу эксперта перед Комиссией гражданской юстиции. Кроме того, отныне эксперты осуществляют свою деятельность в качестве государственных гражданских служащих¹.

- Установлен обязательный к соблюдению срок, выделенный для исследования судом доказательств на месте (ст. 291 *НМК*).

- Принудительная медицинская экспертиза на установление отцовства (ст. 292 *НМК*)².

- Установлена активная роль опциональных, назначенных сторонами экспертов (*uzman*) (ст. 293 *НМК*)³.

- Определены последствия невозможности вынесения судьей заключительного решения по делу (ст. 299 *НМК*).

- Сертифицированное судебное решение, полученное без уплаты оставшегося гонорара судьи (*bakiye ilam ve karar harci*) (ст. 302 *НМК*).

- Отказ истца от иска или признание иска ответчиком допускаются в любой момент до принятия окончательного решения по делу (ст. 310 *НМК*).

- Установлены положения, регулирующие сроки и юридические последствия мирового соглашения при суде (ст. 314, 315 *НМК*).

- Вознаграждение представителю (*vekalet ücreti*) может быть взыскано по требованию суда от имени стороны с противоположной стороны, денежные средства поступают на счета представителей (ст. 330 *НМК*).

- Все неиспользованные авансовые платежи возвращаются судьей сторонам *ex officio* (*avansın iadesi*) (ст. 333 *НМК*).

- Учреждены апелляционные суды средней инстанции (*istinaf*) (еще не функционируют) (ст. 341–360 *НМК*)⁴.

- Судопроизводство *ex parte* (*çekişmesiz*) (ст. 382–388⁵ *НМК*).

- Последующая компенсация убытков, причиненных необоснованными временными мерами (ст. 399 *НМК*).

- Предусматривается предварительный учет доказательств местным судом до их исследования на основном судебном слушании (ст. 404 *НМК*).

- В отношении работы национальных третейских судов приняты принципы типового закона *UNCITRAL* 1985 г. (ст. 409–442⁶ *НМК*); Закон о международном арбитраже 2001 г., содержащий похожие нормы, все еще применяется по отношению к международным арбитражам.

- Введены электронные процедуры: Проект национальной судебной сети (*UYAP*) (ст. 445 *НМК*)⁷.

- Усилены дисциплинарные меры: денежные штрафы и лишение свободы (ст. 446, 151 *НМК*)⁸.

¹ *СМК*, ст. 62–73.

² Özsunay, 2009 *НМК-T*, p. 127.

³ *Ibid.*, p. 140.

⁴ *Ibid.*, p. 145.

⁵ *Ibid.*, p. 130.

⁶ *Ibid.*, p. 150–151.

⁷ *Ibid.*, p. 141.

⁸ *Ibid.*, p. 145.

НМК установил усовершенствованные дисциплинарные меры, включающие денежные штрафы, наложенные судом (*disiplin para cezasi*) и даже лишение свободы (*disiplin hapsi*). Штрафы введены с целью пресечь недобросовестное агрессивное поведение, направленное на подрыв эффективности судопроизводства. Введение такой меры, как лишение свободы, направлено на поддержание соответствующего порядка во время судебных заседаний.

Данные меры не могут быть использованы против представителей сторон. Наконец, ради достижения должной эффективности данных мер *НМК* требует немедленного их исполнения.

2. Классификация гражданских процессуальных систем.

Место турецкого гражданского процесса

Турецкий гражданский процесс остался в рамках континентальной традиции, в которую постепенно вошел в XIX в. Однако некоторые практики и механизмы, присущие общему праву, в конечном счете нашли свое место в турецкой гражданской процессуальной системе.

Назову лишь некоторые из них: квазигрупповые иски, перекрестный допрос свидетелей представителями сторон, большое число общеправовых институтов применяется в третейском производстве. Сложно сказать, по крайней мере в настоящее время, что турецкие правоведы стремятся переклассифицировать гражданские процессуальные системы. Сейчас они больше заняты анализом нового *НМК* 2011 г. с целью скорейшего решения практических вопросов применения Кодекса. Правовая культура до сих пор вполне традиционна, отсюда и беспристрастное отношение к уникальным общеправовым институтам.

Относительно сравнительно-правового анализа процессуальных систем можно сказать следующее. Для турецких ученых, занимающихся этим, основным иностранным языком является немецкий; таким образом, они обращаются к германоязычной литературе, т.е. к швейцарским и немецким источникам. Поэтому по большей части сравнительный анализ фокусируется на континентальной процессуальной системе.

Как видно из вышесказанного, до XIX в. религиозное (исламское) материальное и процессуальное право доминировало в турецкой правовой системе. Основной причиной этого служил тот факт, что Османская династия и большая часть населения Империи исповедовали мусульманство (в основном суннитского толка, включая азиатских алевитов). В результате технологического, военного, экономического, политического и, в конечном счете, социологического прогресса, имевшего место в соседних христианских странах Западной и Северной Европы, и последующего давления иностранных держав, подкрепленного националистическими движениями внутри страны после Французской революции (1789 г.), Империя была вынуждена преобразовать свою правовую систему. Начав преобразования с положений торгового права, турецкие власти, опираясь на законодательство континентальной Европы, занялись реформой правовой системы.

Как я уже отмечал, после установления Республики в 1923 г. процессуальное право в своем развитии следовало за материальным, которое было добровольно перенято у Швейцарии (Гражданский кодекс и Кодекс обязательств) в 1926 г.,

а за этим как раз последовало принятие нёвшательского ГПК в 1927 г. Все перечисленные кодексы наряду с турецким Торговым кодексом недавно были обновлены по уже известному принципу.

Что касается материального гражданского права, источники турецкого права определяются в ст. 1 ГК: «законы», «обычаи и обыкновения» и «прецедентное право»¹.

Источниками турецкого гражданского процессуального права наряду с *НМК* являются определенные положения турецкого ГК, Торгового кодекса, специальные законы по учреждению судов, Правила гражданских и коммерческих судов и решения Главной палаты кассационного суда (*Yargıtay*) в Анкаре.

4. Основные черты турецкого гражданского процесса

Романо-германские черты

В последнее время на турецкий гражданский процесс оказывает влияние Швейцарский федеральный ГПК. Однако, как это было до принятия *НМК*, некоторые специфические институты были переняты из права других стран континентальной Европы (Франции, Германии).

Англосаксонские черты

Некоторые традиционно общеправовые институты, такие как перекрестный допрос представителями сторон и групповые иски, нашли свое место в турецком *НМК*, хотя и не в своем первоначальном виде.

Что касается прецедентного права, как отмечалось выше, только решения Главной палаты кассационного суда являются обязательными для нижестоящих судов. Однако в отношении решений остальных палат Кассационного суда нижестоящие суды проводят обзоры соответствующей практики.

Уникальные черты, имеющие место только в турецкой гражданской процессуальной системе

Может, не уникальные, но относительно редкие черты и институты перечислены ниже:

1. В 1920-е гг. после установления Республики (1923 г.) большинство ключевых кодексов были просто переведены и добровольно приняты с минимальными изменениями. В то время Турция была (и сейчас является) независимым государством и никакого иностранного давления, навязывающего принятие такого большого числа иностранных актов в такие короткие сроки, не оказывалось.

2. В *НМК* дается перечень предварительных возражений (*ilk itirazlar*), которые можно предъявить только в рамках первой стадии рассмотрения дела и никак не позже. Насколько мне известно, данный институт в большинстве стран уже не применяется.

3. Детальные положения о реформировании (*islah, Änderung von Parteihandlungen im Prozess*) в отношении «единожды разрешенной» полной или частичной моди-

¹ Zeki Hafizoğulları, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, Laiklik, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998.

фикации формы жалоб и (или) процессуальных действий сторон также, насколько мне известно, более не применяются в других странах.

4. Сделки, цена которых превышает определенную денежную сумму, доказываются лишь предъявлением этих договоров, в данном случае, как в некоторых иных средиземноморских странах, показания свидетелей не берутся в расчет¹.

5. Дача присяги (клятвы) (*yemin*) свидетелем и особенно (как последнее средство) стороной, которая никак иначе не может доказать те обстоятельства, на которые ссылается, тоже не самая частая практика в других странах.

6. В середине 1980-х гг. положения *НУМК* 1927 г., касающиеся заочного производства (*giyap*), потеряли силу по причине недобросовестного использования их сторонами, что вело к долгим задержкам в судопроизводстве. С тех пор используется более простой, квазидисциплинарный механизм, направленный на то, чтобы усилить внимание сторон к процессу. Сначала дело приостанавливается, а если стороны своевременно не отреагируют на это, то суд закрывает дело.

7. Исправление судебного решения как своего рода третья инстанция: поскольку вторая инстанция (*istinaf*) была упразднена *НУМК* 1927 г., потребность в ней была частично удовлетворена путем искусственно созданного механизма «исправления судебного решения», в рамках которого те же судьи, которые вынесли решение Палаты Кассационного суда, пересматривают свое же решение и вносят в него уместные, по их мнению, исправления. Ожидается, что данный институт исчезнет в новом *НМК*, так как суды второй инстанции заново учреждены и в скором времени начнут свою работу.

8. До принятия нового *НМК* судей можно было лично привлечь к ответственности за правонарушения в ходе их деятельности. Сейчас, согласно *НМК* 2011 г., подобные иски подаются против государства, как в большинстве стран.

9. Только гражданин Турции может стать членом турецких коллегий адвокатов и вести деятельность в качестве адвоката (*avukat*). Иностранцы, получившие образование на юридических факультетах высших учебных заведений Турции, не могут осуществлять адвокатскую деятельность, пока не получают гражданства.

10. Иностранные юристы, открывающие юридические фирмы в Турции, не имеют права заниматься практикой. Даже турецкие юристы, являющиеся гражданами страны и турецкой коллегии адвокатов, не могут вести деятельность в Турции, если становятся партнерами или работниками иностранной юридической фирмы, открытой в Турции.

5. Культура и гражданский процесс

Население относительно небольшой республики, установленной на развалинах мультикультурной Империи, образует разнообразную культурную среду. Культурные различия редко *de facto* оказывают влияние на положения как материального гражданского и уголовного права, так и гражданского процессуального права, находящегося под контролем профессиональных судей.

В 1930–1950-е гг. правовая культура профессоров права из Германии, нашедших в Турции политическое убежище, вошла в новую республиканскую культуру.

¹ Özsunay, 2009 *НМК-T*, p. 126.

Большое число таких ученых преподавали на юридических факультетах турецких вузов и внесли значительный вклад в законодотворчество.

В течение нескольких лет после установления Республики все религиозные источники права были упразднены. Хотя этот процесс и начался во второй половине XIX в., большая часть исламских/оттоманских правовых традиций исчезла только с принятием «западноевропейского» варианта судопроизводства, в основном французского и швейцарского происхождения.

Некоторые «процессуальные» примеры подобной исторической трансформации приведены ниже.

До «европеизации» оттоманские суды рассматривали как гражданские, так и уголовные дела. Таким образом, предметная подсудность явилась своего рода новшеством для турецкого процессуального права.

Судьями (*kadi*) могли быть только мужчины, при рассмотрении дел они применяли исламское право. Основным источником права были Коран и сунна, т.е. слова и поступки последнего пророка Мухаммеда. Если судья не мог найти соответствующих ссылок в этих двух источниках, то он обращался сначала к «иджма», общепризнанным религиозным авторитетам (которые, кстати, могли отличаться друг от друга в зависимости от ветви религии), и в конце концов применял сравнительную аналогию (*kiyas*), чтобы найти решение вопроса, который перед ним стоит¹. Вместе с тем современная светская система требует, чтобы решения Главной палаты Кассационного суда и Конституционного суда играли роль прецедента для нижестоящих судов. Грубо говоря, существовавший ранее *kiyas* по своей методологии (но не по существу) был ближе к системе общего права, нежели к поздней романо-германской правовой семье.

Исламскими средствами доказывания были свидетельские показания, клятва и воздержание от клятвы (*nukul*). До принятия *Mecelle*, исламского квазигражданского кодекса, документы, написанные от руки, считались легко фальсифицируемыми, поэтому доказывать оригинальность документа необходимо было с помощью свидетелей². Следует помнить, что в течение длительного времени использование печати не разрешалось, а уровень безграмотности населения был довольно высоким. Внесенные в закон изменения, вызванные развитием торговли, в конечном счете, поменяли местами доказательственный вес документов и устных свидетельских показаний. НМК 2011 г. в традициях НУМК 1927 г. сохранил эти изменения, таким образом, письменные документы — *единственное средство доказывания по отношению к крупным денежным суммам* (ст. 200 НМК)³.

Турецкий — уникальный язык, имеющий лишь весьма отдаленное родство с венгерским и финским. Согласно широко распространенному мнению, турецкая грамматика находит свои корни в арабском языке, но это не так. Однако, так как турки стали проповедовать ислам, основная книга которого написана на арабском, турецкие ученые заменили некоторые турецкие слова словами из арабского и фарси. Спустя века словарь устного турецкого языка, на кото-

¹ Nevin Ünal Özkorkurt, *Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış*, Ankara, AUHFD, 2008.

² Abdülaziz Bayındır, *Osmanlı (Teşkilat) // Yeni Türkiye Yayınları*, C. 6, Ankara, 1999.

³ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *cit.*

ром говорили на периферии, стал резко отличаться от письменного турецкого, выработанного в крупных городах. Несмотря на то, что везде использовалась одна и та же грамматика, по происшествии некоторого времени формальный, юридический турецкий стал недоступным для понимания обывателя. Республика нацелилась на то чтобы очистить язык, что ей частично удалось. Для поколения 2000-х гг. даже республиканский *НУМК* 1927 г. без использования оттомано-турецкого словаря сложен для восприятия. В свое время для выражения одних и тех же юридических понятий могло использоваться два или более терминов, даже в рамках одного кодекса в соответствии с последующими изменениями. *НМК* 2011 г. заменил большинство юридических терминов арабского происхождения современными турецкими понятиями, за исключением тех, которые прочно вошли в язык юристов.

Мероприятия по подготовке к вступлению в ЕС, хотя и проходящие в последнее время без особого волнения, наряду с решениями ЕСПЧ, в особенности по вопросам справедливого судопроизводства (длительность разбирательства, равноправие сторон), широко освещаются в средствах массовой информации, что вносит свой вклад в осведомленность населения о процессуальных вопросах.

Символические признаки усиления секуляризации в гражданском процессе отразились в норме, касающейся присяги (клятв), нового *НМК* (ст. 233/4). Новая формулировка отказалась от слова «Аллах» и заменила его «всеми верованиями и ценностями, считающимися священными» (*kutsal sayılan bütün inanç ve değerler*). На мой взгляд, можно утверждать, что даже термин «священный», используемый в качестве своего рода замены точной религиозной формулировки прежней клятвы, так или иначе вызывает некоторые религиозные, догматические ассоциации, намекает на наличие сверхчеловеческой, абсолютной морали, которой человек в наше время обладать вовсе не обязан. Тем не менее я считаю, что подобные изменения — это шаг вперед, причем в правильном направлении¹.

Горячая любовь большинства турецкого населения к технологическому прогрессу позволила быстро создать компьютеризированную сеть национального масштаба, доступ к которой можно получить с любого ПК при использовании электронной подписи². Новшеством этого же ряда явились прямые добровольные трансляции судебных слушаний (ст. 149 *НМК*).

Мирное разрешение споров (дружественное урегулирование) в современном турецком обществе не пользуется большой популярностью. Среди причин можно выделить недоверие к юристам, не являющимся профессиональными судьями, страх возможной коррумпированности, отсутствие достаточной информации и опыта в деле альтернативного разрешения споров. Национальные институциональные арбитражи и арбитражи *ad hoc* — редкость; однако институциональный международный арбитраж применяется все больше, по мере интеграции турецких компаний в глобальную экономику.

¹ Özsunay, 2009 *НМК-T*, note 90, p. 139.

² Относительно *UYAP* см. *ibid.*, p. 141.

Джеффри Томас (*Jeffrey Thomas*)¹АМЕРИКАНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Введение

Правовые системы, включая их процессуальные аспекты, в соответствии с их обозначением традиционно относились либо к англосаксонскому (общему), либо романо-германскому (континентальному) праву. Использование этих двух общих понятий становилось все более и более проблематичным из-за постоянного слияния подходов общего права и континентального права в западных странах, так как при этом делении остаются без внимания незападные традиции, которые приобретают все большую значимость в глобализирующемся мире.

1. Место гражданского процесса США

Очевидно, что США — это пример англосаксонской гражданской процессуальной системы. Любой, кто понимает различие между системами общего и континентального права, немедленно посчитает американскую систему истинным образцом общего права. Семь особенностей процессуальной системы классического общего права, которые были названы основным докладчиком, описывают американскую систему: 1) присяжные заседатели по гражданским делам; 2) досудебные совещания; 3) контролируемые стороной процесса предварительные расследования; 4) сконцентрированные судебные процессы; 5) пассивные судьи; 6) групповые иски; и 7) отобранные стороной и оплаченные эксперты³.

Каждая из этих особенностей является важной, определяющей особенностью американской системы⁴. Известной, а возможно, в некоторых кругах печально известной, является приверженность США суду присяжных⁵. Нормы права гражданского процесса напрямую ссылаются на досудебные совещания, всестороннюю систему предоставления суду результатов предварительного расследования и выбранных стороной и оплаченных экспертов⁶. Использование сконцентрированных судебных процессов так широко понимается и изображается в литературе, фильмах и телевидении, что у них есть особый жанр «драма в зале суда». Судьи в США одни из самых пассивных в мире, так как полагаются в большой степени на адвокатов, которые предоставляют и факты, и применяемую правовую норму⁷.

¹ Профессор Университета Миссури (*University of Missouri*) (США).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен Л. Бадыковым (РПА при Минюсте России).

³ Основной доклад настоящей секции, § 2.

⁴ См., например: G.C. Hazard, M. Taruffo, *American Civil Procedure: An Introduction*, 1993, p. 5, 19–22, 86–104 (1993); F. James, G.C. Hazard, J. Leubsdorf, *Civil Procedure*, 1992, p. 4–10.

⁵ Эта приверженность отражена в Седьмой поправке к американской Конституции и поэтому является частью высшего закона страны. Право на суд присяжных признано и защищено федеральными процессуальными нормами гражданского процесса. См. Fed. R. Civ. P. 38.

⁶ См. Fed. R. Civ. P. 16, 26–37.

⁷ См.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 283–284 (2002).

Групповые иски распространены в США¹ и разрешены нормами права гражданского процесса².

Даже если рассматривать более упрощенный (и возможно устаревший) подход к общему праву, ясно, что США — это процессуальная система общего права. Профессор Клорос в описании трех классификаций правовых систем (советский закон, общее право и гражданское право) отмечал, что главной особенностью общего права является уверенность в «делах»³. Хотя, с одной стороны, США не полагаются в делах непосредственно на нормы права гражданского процесса, нормы права, как и сами дела, берут начало в судах и создаются судьями⁴. Надо сказать, этот процесс не происходит независимо от законодательной власти. Нормы права принимаются в соответствии с устанавливающими закон нормами права, принятыми Конгрессом⁵, но суды имеют больше прав в создании и принятии норм права и подчиняются только Конгрессу. Как только извещение о предложении норм права одобряется Верховным судом США, оно должно быть передано Конгрессу до 1 мая; нормы права (или поправки к ним) вступают в силу 1 декабря, если Конгресс не ограничивает законом или не блокирует норму права⁶. Это полномочие применяется очень редко⁷. Кроме того, у американских судов часто есть местные нормы права, которые они принимают в качестве дополнительных (и не всегда противоречащих) к Федеральным правилам гражданского судопроизводства⁸.

Возможно, что еще более важно, у американских судов есть широкое полномочие «толковать» нормы права и создавать новые процессуальные методы. Например, норма права о подаче иска исполняется относительно легко, так как ее основной целью является предоставление искового заявления той стороне, на которую подали в суд⁹. Норма права 8 Федеральных процессуальных норм гражданского процесса просто требует, чтобы иск обеспечивал «краткое, простое заявление, показывающее, что проситель имеет право на удовлетворение требования»¹⁰. Много лет эта норма толковалась по-разному, что препятствовало отклонению иска, «если не казалось бесспорным, что истец не может привести факты в поддержку своего иска, которые дали бы ему право на удовлетворение требования»¹¹. Однако в 2007 г.

¹ См.: R.L. Marcus, *Putting American Procedural Exceptionalism Into a Globalized Context* // 53 *American Journal of Comparative Law* 709, 736–737 (2005); см. в целом: R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems*, 2004.

² См. Fed. R. Civ. P. 23.

³ A.G. Chloros, *Common Law, Civil Law and Socialist Law: Three Leading Systems of the World, Three Kinds of Legal Thought* // *The Cambrian L. Rev.*, p. 12 (1978), перепечатка: *Comparative Legal Thought* (C. Varga, ed., 1992).

⁴ См.: D.R. Coquillette, *1-1 Moore's Federal Practice – Civil* § 1.04[2] (2012).

⁵ См. 28 U.S.C. § 2071–2077.

⁶ 28 U.S.C. § 2074.

⁷ См.: K.N. Moore, *The Supreme Court's Role In Interpreting the Federal Rule of Civil Procedure* // 44 *Hastings Law J.* 1039, 1053–1057 (1993). Хотя вмешательство Конгресса относительно невелико, комментаторы подняли вопрос о его полномочиях (Ibid., p. 1057–1061); см. также: M.H. Redish, U.M. Amuluru, *Essay: The Supreme Court, the Rules Enabling Act and the Politicization of the Federal Rules: Constitutional and Statutory Implications* // 90 *Minnesota Law Review* 1303 (2006).

⁸ См.: D.R. Coquillette, *1-1 Moore's Federal Practice – Civil* § 1.04[2][b] (2012).

⁹ См. *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 47 (1957).

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 8(a).

¹¹ См. *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 47 (1957).

Верховный суд США истолковал норму права 8 более узко. В деле *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*¹ Верховный суд США не отклонил норму права о «фактах в поддержку требования»². Некоторые полагали, что это изменение могло быть ограничением антимонопольных дел, но Верховный суд дал понять, что это было изменением в стандартах подачи иска в деле 2009 г. *Ashcroft v. Iqbal*³. В этом деле посчитали, что истец должен предоставить достаточно фактической информации, чтобы доказать, что это требование «правдоподобно»⁴. Кроме того, кассационный суд уполномочен установить подлинность «вердикта», о котором Верховный суд заявил, что нет даже никакого намека на то, что вердикт верен⁵. Эти постановления — принципиально новый метод в противоположность предыдущей практике⁶, которая была «принята» через судебные решения вместе с принципами общего права.

2. Характерные особенности гражданского процесса США

Хотя американская система гражданского процесса отвечает требованиям системы общего права, несколько особенностей общего права, тем не менее, уникальны. В частности, приверженность суда присяжных в США уникальна по сравнению со странами другой части мира⁷. Хотя система присяжных возникла в общем праве Англии, но там от нее отказались⁸. У других стран с системой общего права нет подобной приверженности к суду присяжных⁹, таким образом, использование суда присяжных в США уникально.

Американские методы представления документов также уникальны. В то время как у других стран есть возможность для предварительного расследования, методы представления документов, доступные адвокату в США, приводят к насильственным представлениям документов без вмешательства суда. Американская система представления документов стремится существенно уменьшить или устранить элемент неожиданности в судебном процессе по гражданскому делу. Она позволяет стороне получать доступ ко всем значимым документам и свидетелям¹⁰ и пересматривать эти документы и опрашивать стороны под присягой без повестки в суд¹¹. В деле, где свидетели не являются стороной дела, требуется повестка в суд¹², но секретарь суда уполномочен выписывать такие повестки по запросу без судеб-

¹ 550 U.S. 544 (2007).

² *Twombly*, 550 U.S. at 560–564.

³ 556 U.S. 662 (2009).

⁴ *Iqbal*, 556 U.S. at 678–79.

⁵ *Iqbal*, 556 U.S. at 679.

⁶ См., например: R.G. Bone, *Plausibility Pleading Revisited and Revised: A Comment on Ashcroft v. Iqbal*, // 85 *Notre Dame L. Rev.* 849 (2010).

⁷ См.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 288 (2002).

⁸ R.L. Marcus, *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, // 53 *American Journal of Comparative Law* 709, 712–713 (2005); см. также: N. Andrews, *English Civil Procedure*, 2003, p. 775–776.

⁹ См.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 288 (2002).

¹⁰ См. Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

¹¹ См. Fed. R. Civ. P. 30, 34.

¹² См. Fed. R. Civ. P. 30(a)(1), 34(c), 45.

ного контроля¹. Для сокращения расходов, связанных с использованием методов представления документов, нормы права были исправлены так, чтобы с самого начала потребовать от сторон предоставить все свидетельства и документы, которые они рассчитывают использовать для доказательства их иска². Таким образом, это заставляет сторону судебного процесса не только предоставить противной стороне доступ к документам и свидетелям, но также предоставить необходимых свидетелей и документы до того, как в них возникнет необходимость.

3. Культура и гражданский процесс

Эти примеры характерных особенностей американского гражданского процесса дают хороший простор для анализа роли культуры в системе. Хотя эти особенности связаны с классификацией общего права, уникальность их использования в США поднимает вопрос о том, можно ли ее объяснить именно культурой. Хотя термин «культура» сложен и трудноопределим³, он помогает проникнуть в суть этих особенностей и систему в целом. Например, почему США так преданы системе суда присяжных, когда другие страны с системой общего права нет? Это происходит из-за глубокого культурного подозрения, которое американцы испытывают к правительству⁴. Система суда присяжных была механизмом, уравнивающим власть британского правительства⁵. Даже после революции американцы остались подозрительными к правительственной власти, что привело к структурному разделению власти в Конституции и принятию системы федерализма⁶. Это врожденное подозрение к правительству продолжает быть частью американской культуры от Вьетнама до Уотергейта, к оружию массового поражения в Ираке. Поскольку

¹ См. Fed. R. Civ. P. 45(a)(2).

² См. Fed. R. Civ. P. 26(a)(1).

³ См.: O.G. Chase, *Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform* // 45 *American Journal of Comparative Law* 861, 863-864 (1997).

⁴ См.: S. Yeazell, *The New Jury and the Ancient Jury Conflict* // 1990 *University of Chicago Law Forum* 87, 106 (1990). См. также: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 289-290 (2002). Профессор Чейз использует культурную концепцию Сеймора Мартина Липсета, описанную в его книге «Американская исключительность: Обоюдоострый меч» (*American Exceptionalism: A Double Edged Sword*, 1996). Липсет сводит американскую культуру к пяти словам: свобода, эгалитаризм, индивидуализм, популизм и невмешательство (S.M. Lipset, *American Exceptionalism: A Double Edged Sword*, p. 33). Профессор Чейз сравнивает невмешательство с антистатизмом (см.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 281(2002)). Я, в общем, соглашаюсь с этим описанием американской культуры, но объединяю эти элементы с тем, что я называю «недоверием» правительству. У этого недоверия есть элемент эгалитаризма и популизма из-за американской уверенности в людях, которые считаются равными. У него также есть элементы невмешательства и антистатизма, потому что оно выступает против правительства, где рынок может предоставить разумное решение. Но я думаю, что правительственное недоверие идет еще дальше, чем уверенность в рынке или общем предпочтении рынка государству. Американцы с подозрением относятся к правительству. Это подозрение возвращается к созданию правительства, где система сдержек и противовесов применялась из-за беспокойства по поводу потенциальных превышений полномочий правительства. Как отмечает Липсет, Конституция «установила разделенную форму правления... и отразила преднамеренное решение основателей страны создать слабую и внутренне противоречивую политическую систему» (Lipset, *American Exceptionalism: A Double Edged Sword*, p. 39).

⁵ См.: J. Abramson, *We, the Jury*, 1994, p. 23-33.

⁶ См.: S.M. Lipset, *American Exceptionalism: A Double Edged Sword*, p. 39.

суд присяжных представляет народный контроль и противопоставлен официальной правительственной власти судов¹, он нравится американцам².

Нормы представления документов — это другой пример проявления американского культурного подозрения правительства³. Нормы представления документов дают полномочия сторонам и их адвокату, т.е., физическим лицам, а не правительственным чиновникам⁴. Физические лица имеют право получать информацию и доступ к документам от других сторон судебного процесса, независимых от любого судебного или другого действия правительства⁵. Это полномочие распространяется на третьих лиц, а также на использование повестки в суд⁶. В то время как суды могли тщательно контролировать выписку повесток в суд, в американской системе они этого не делают; вместо этого нормы права предусматривают, что повестки в суд *должны* быть выписаны секретарем суда сторонам или адвокатам по запросу⁷. Стороны также обладают преимуществами для автоматического получения первоначальных свидетельств и ключевых документов от противной стороны согласно нормам права без правительственного вмешательства⁸. Использование показаний для досудебного расследования более распространено, чем простые допросы свидетелей, потому что в них больше силы закона. Свидетельские показания даются под присягой⁹, последнее означает, что в случае ложных показаний свидетеля могут подвергнуть штрафу за лжесвидетельство. Известно, что хотя у правительственных чиновников есть некоторая дополнительная защита¹⁰, методы представления документов могут использоваться также *против* правительства¹¹, что показывает степень недоверия американцев к правительству.

Идентифицировав культурную основу уникальности приверженности США к судам присяжных и системе досудебного представления документов, возникает вопрос относительно того, могли ли бы такие культурные различия быть основанием для классификации процессуальных систем. По крайней мере для меня процессуальные системы отражают культуру страны¹².

¹ См.: Taruffo, *Transcultural Dimensions of Civil Justice* // XXIII *Comparative L. Rev.*, 1, 28 (2000).

² См.: Hans, *Attitudes Toward the Civil Jury: A Crisis of Confidence?* // *Verdict* / Robert E. Litan (ed.), 1993, p. 248.

³ См.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 294–295 (2002). Как отмечено выше, терминология, используемая профессором Чейзом, точно не соответствует «подозрению» в использовании здесь правительственных аргументов. Вместо этого он оценивает представление документов согласно культурным представлениям Сеймора Липсе-та и использует язык эгалитаризма, популизма, невмешательства и антистатизма. Для лучшего объяснения того, как подозрение правительства соответствует этим терминам, см. выше.

⁴ См.: O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure* // 50 *American Journal of Comparative Law* 277, 294–295 (2002).

⁵ См., например, Fed. R. Civ. P. 30, 33, 34.

⁶ См., например, Fed. R. Civ. P. 30(a)(1), 34(c).

⁷ Fed. R. Civ. P. 45(a)(3).

⁸ Fed. R. Civ. P. 26(a)(1).

⁹ Fed. R. Civ. P. 30(b)(5)(A)(vi).

¹⁰ Например, сторона, которая оспаривает конституционность закона, должна дать уведомление соответствующим правительственным чиновникам. См. Fed. R. Civ. P. 5.1.

¹¹ Нормы права для методов представления документов не содержат исключений для правительственных чиновников или агентств. См. Fed. R. Civ. P. 26–37.

¹² См., например: O.G. Chase, *Some Observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform* // 45 *American Journal of Comparative Law* 861, 864 (1997).

Культурной основой для норм права, обсужденных выше, является недоверие государству. Трудно сказать, является ли это тенденцией, которая происходит на пути создания значимых категорий. В то время как некоторые культуры с большим или меньшим подозрением относятся к государству, трудно измерить эту тенденцию и знать, есть ли у нее границы или меры, полезные для создания категорий.

Заключение

Подготовка этого национального доклада была интересным и результативным делом. Это неудивительно, так как США — это типичная процессуальная система общего права. Однако при более близком рассмотрении те особенности, которые делают их типичной системой общего права (суд присяжных и представление документов), являются уникальными особенностями. Они предполагают, что традиционное различие между общим и гражданским правом теряет свое значение. К классификации многое добавляет культура. Она помогает понять, как США могут быть одновременно типичной системой общего права и иметь отличительные особенности в подходе к общему праву. Однако культура может быть полезной в классификации. Например, предположение, что США ориентированы на человека, совершенно очевидно. Более того, для тех стран, которые находятся в середине этой классификации, трудно сказать, могут ли культурные различия быть значимыми и надежными. Конечно, это возвращает к вопросу, который, возможно, нужно было рассмотреть вначале: важна и полезна ли классификация процессуальных систем? Может случиться так, что системы можно будет группировать одним образом по особым характеристикам и затем группировать с другими системами по другим характеристикам. Такой подход может быть полезен для нахождения сходств и различий, а большее число категорий могло бы помочь проникнуть в суть для достижения гармонизации или выработки подходов к внедрению или адаптации, которая, вероятно, будет полезной.

СЕКЦИЯ 4. ГАРМОНИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА В ЕВРАЗИИ

Основной доклад

Проф. **Владимир Янков**, Уральская государственная юридическая академия, Россия

Национальные доклады

- Киргизия: **Азамат Салиев**, Кыргызско-российский Славянский университет
- Россия: **Виктор Блажеев**, МГЮА им. О.Е. Кутафина
- Словения: **Алеч Галич** (*Aleš Galič*), Люблянский Университет (*University of Ljubljana*)
- Украина: **Вячеслав Комаров**, Национальный университет «Юридическая академия имени Ярослава Мудрого»

Дискуссионная панель

- Россия: **Юлий Тай**

Владимир Янков¹

ОСНОВНОЙ ДОКЛАД

ГАРМОНИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА В СТРАНАХ ЕВРАЗИИ СКВОЗЬ ПРИЗМУ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА НА ПОСТСОВЕТСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Введение

Секция «Гармонизация гражданского процессуального права в странах Евразии» Московской конференции Международной ассоциации процессуального права (Москва, сентябрь 2012 г.) посвящена рассмотрению целого ряда важных вопросов, связанных с развитием цивилистического процесса в странах региона. В чем заключаются основные сходства и различия между гражданским процессом в странах Евразии? Возможно ли создание каких-либо унифицированных правил и принципов? Эти и другие вопросы предлагается обсудить в рамках работы секции.

¹ Заведующий кафедрой гражданского процесса, профессор УрГЮА (Россия).

Первый доклад о сближении процессуального права государств Европейского Союза был подготовлен под руководством профессора М. Сторма в 1994 г.¹ Такое сближение процессуальных систем можно увидеть на нескольких уровнях и в разных регионах планеты. Проявляется оно в форме унификации (выработке общих над-национальных процессуальных правил и регламентов) и гармонизации (сближения правовых систем разных стран на основе общих принципов)²; именно последней и посвящен настоящий доклад.

Вопрос о направлениях гармонизации процессуального права в странах Евразии целесообразно рассматривать через призму сравнительного анализа национального законодательства. Такой подход не только позволяет выделить некоторые сходства или различия между правовыми системами разных государств, но и предопределяет саму возможность установления некоторых общих тенденций развития цивилистического процесса в рассматриваемых странах.

По этой причине при подготовке материалов к работе секции мы попросили ряд ученых — процессуалистов, работающих в разных странах Евразии³, в своих докладах осветить состояние гражданского процесса в их стране на сегодняшний день. Это необходимо, для того чтобы на основе национальных докладов попытаться составить картину, отражающую реальное состояние системы гражданского процесса в разных странах Евразийского региона.

Всем национальным докладчикам предлагалось при подготовке доклада ориентироваться на несколько направлений. Предложенные докладчикам вопросы соответствовали основным целям секции и были направлены на то, чтобы создать общее представление о гражданском процессе каждой страны, представленной в докладах, проанализировать основные сходства и различия между государствами Евразийского региона в этой области, а также определить возможные пути унификации и гармонизации гражданского процессуального права.

Список вопросов состоял из трех частей: общей, в которой содержались вопросы, посвященные наиболее общим сферам и институтам гражданского процесса (модель гражданского процесса, источники гражданского процессуального права, судебная организация и судопроизводство, доказывание и доказательства и т.д.); специальной, в которой содержались вопросы относительно некоторых актуальных проблем и специфических институтов гражданского процесса (альтернативные формы разрешения споров, информационные технологии); особой, в которой мы просили ответить в том числе на следующие вопросы: насколько правовая система вашей страны восприимчива к унификации гражданских процессуальных норм, необходима ли гармонизация процессуального законодательства с законодательством других стран региона, существуют ли какие-то посылки или препятствия к этому в вашей стране, и т.д.

Основой для подготовки настоящего доклада стали национальные доклады, посвященные развитию гражданского судопроизводства в Украине, Кыргызстане, Словении и России. Национальными докладчиками выступили профессор

¹ Marsel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Kluwer, 1994.

² Подробный анализ унификации и гармонизации законодательства на примере международного частного права проведен Г.К. Дмитриевой (см.: Международное частное право / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2000. Гл. 6).

³ Обобщение проведено в основном по государствам — бывшим республикам СССР.

В.В. Блажеев (Россия), профессор В.В. Комаров (Украина), профессор А. Галич (Словения) и кандидат юридических наук А.Р. Салиев (Киргизия), которые подготовили обстоятельные аналитические доклады о состоянии гражданского процесса в своих странах.

Кроме того, при подготовке доклада были использованы и материалы, касающиеся других стран Евразийского региона, как любезно предоставленные коллегами, так и находящиеся в общедоступных источниках. В частности, мы признательны доценту И.Н. Колядко и профессору З.Х. Баймолдиной за предоставленное актуальное законодательство Республики Беларусь и Республики Казахстан соответственно. При подготовке данного доклада также использовалось одно из первых сравнительно-правовых исследований законодательства стран СНГ, проведенное доцентом С.В. Васильевым¹ (Украина).

Тем не менее мы, безусловно, не можем претендовать на всеобъемлемость настоящего доклада, так как имеющаяся информация является несколько ограниченной, а сама задача проанализировать процессуальное законодательство всех евроазиатских стран представляется перспективной, но не реализуемой в настоящий момент.

Сказанное обуславливает тот факт, что настоящий доклад не является в полной мере синтетическим, а лишь позволяет отметить определенные тенденции развития гражданского судопроизводства в ряде разных стран Евразии, возможно, в качестве основы для более глубокого исследования.

Несмотря на это, проведенный анализ позволил сделать целый ряд выводов относительно направлений гармонизации гражданского процесса, которые являются актуальными для большинства стран на постсоветском пространстве.

Мы уже сейчас можем сделать предварительный вывод о том, что имеющиеся различия между системами гражданского процесса в каждом государстве не влияют на наличие общих тенденций развития. Это, безусловно, свидетельствует о гармонизации основных национальных институтов.

Так, можно отметить, что во всех рассмотренных странах действуют схожие принципы и институты гражданского процесса, что во многом обусловлено наличием общей модели гражданского процесса в основе всех правопорядков, а также имевшими место в недавнем прошлом определенной процессуальной унификацией в социалистических странах и общими направлениями развития, актуальными для большинства стран — бывших республик СССР.

Данный вывод подтверждается наличием общих институциональных сходств всех рассмотренных правопорядков; это касается модели гражданского процесса в целом, источников гражданского процессуального права, института доказывания и многих других общих правил и институтов, некоторые из которых будут рассмотрены ниже.

Однако в каждой национальной системе права, безусловно, существуют и свои особенности. Особенно ярко это видно, в частности, на примере организации судебной системы, осуществления принудительного исполнения судебных актов — вопросах, которые являются достаточно дискуссионными в мире в целом и решение которых в каждой из рассмотренных стран осуществляется со специфическими особенностями.

¹ *Васильев С.В. Гражданское судопроизводство постсоветских государств (сравнительный анализ). М.: Юрлитинформ, 2011.*

С учетом всего изложенного выше далее будут отмечены некоторые (но далеко не все!) общие сходства и отдельные показательные различия систем гражданского процесса рассмотренных стран, а также некоторые общие тенденции развития, свидетельствующие о гармонизации процессуального права в странах Евразии на постсоветском пространстве.

1. Сходство моделей гражданского процесса

Существенное влияние на понимание и созвучность тенденций при исходном анализе оказывает характеристика правовой системы; насколько она входит в семью романо-германского права, общего права или представляет собой оригинальное правовое образование.

Поскольку данная тема сама по себе весьма сложная, ограничимся замечанием, что в основных чертах национальное право стран Евразии имеет признаки, присущие праву романо-германской системы. Такую точку зрения подтвердили и национальные докладчики. С учетом этого можно сделать вполне определенный вывод: большинство стран Восточной Европы и страны СНГ имеют своей основой модель континентального права, что в полной мере проявляется в цивилистическом процессе.

Между тем существуют и иные точки зрения. Поскольку в настоящем докладе рассматриваются страны бывшего СССР, уместно отметить и влияние социалистического права, которое, вне всяких сомнений, оставило свой определенный след.

Не случайно Р. Давид, несмотря на внешнее сходство с романо-германской системой, относил социалистическое право к особой правовой семье¹. В одной из последних работ по сравнительному правоведению профессор Университета Пуатье (Франция) Р. Леже задался вопросом о существовании модели особой правовой системы государств СНГ и России, в связи с чем он предложил продолжить наблюдение, не давая окончательного ответа на вопрос о принадлежности России к определенной модели гражданского судопроизводства².

Показательно, что, несмотря на сложность вопроса, существует тенденция к выявлению в национальных системах признаков и континентального, и англосаксонского права. Так, один из российских исследователей Д.Я. Малешин отнес российский гражданский процесс к смешанному типу процесса, содержащему черты континентального права и отдельные черты англосаксонского права³.

Аналогичное наблюдение высказано национальным докладчиком профессором В.В. Комаровым в отношении цивилистического процесса Украины. По его мнению, в период глобализации на современном этапе все более и более нивелируются границы между основными правовыми системами, такими как континентальная, которая присуща Украине, и англо-американская. Это проявляется в том, что в Европе, в том числе и в Украине, открыто говорят о прецедентной практике Европейского Суда по правам человека. Кроме того, в соответствии с ГПК Украины решение Верховного

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 114.

² Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 230–233.

³ Малешин Д.Я. Особенности российского типа гражданского процесса // Труды юридического факультета МГУ. Вып. 10. М., 2008. С. 14–15.

суда Украины, принятое по результатам рассмотрения заявления о пересмотре судебного решения по мотивам неодинакового применения судом (судами) кассационной инстанции одних и тех же норм материального права в подобных правоотношениях, является обязательным для всех субъектов властных полномочий, которые применяют в своей деятельности нормативно-правовой акт, содержащий указанную норму, и для всех судов Украины. Суды обязаны привести свою практику в соответствие с решениями Верховного суда Украины. Из указанного положения гражданского процессуального законодательства напрашивается вывод о наличии в гражданском процессе Украины элемента прецедентного права, что присуще Великобритании и США¹.

В целом позиции большинства ученых-процессуалистов, в том числе принимавших участие в подготовке национальных докладов, склоняются к тому, что типология процесса должна определяться через призму роли судьи в процессе, и в этом отношении модели процесса, скорее, противостоят друг другу.

Представляется верным другое замечание Р. Леже, когда он, характеризуя различия между английской системой, с одной стороны, и французской и немецкой системами права, с другой стороны, пишет, что «английское право продолжает находиться в подчинении судей, тогда как французское и немецкое право являются системами, которые зависят прежде всего от закона»².

По нашему мнению, превалирующим в цивилистическом процессе стран Евразии является подчинение процессуальной форме, основанное на жесткой связанности суда и участников процесса законом, поскольку именно закон определяет модель цивилистического процесса. Впрочем, последние судебные акты, например, Высшего Арбитражного Суда России свидетельствуют о более творческом подходе судей к толкованию положений закона³.

Сказанное в полной мере касается, например, российского права, где судья является в известной степени «рабом закона», а необходимость строго следовать форме нередко превалирует над содержанием, что определяет ведущую роль письменных доказательств. Отсюда вытекает особая система подготовки судей, их статуса, роли и их менталитета.

Схожая ситуация отмечается в иных национальных докладах. Так, в докладе о состоянии гражданского процесса в Украине указано, что эта страна отнесена к странам континентального права, а соответственно для украинского гражданского процесса более характерна модель гражданского процесса континентального права. В известном смысле на развитие гражданского процессуального законодательства Украины оказали влияние положительные тенденции в процессуальном законодательстве европейских государств, таких как ФРГ и Франция. Например, гражданское процессуальное законодательство ФРГ повлияло на концепцию разви-

¹ Национальный доклад В.В. Комарова. Здесь и далее использованы материалы, представленные национальными докладчиками.

² Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. С. 60.

³ Это можно видеть в том числе на примере проектов постановлений Пленумов ВАС РФ (<http://arbitr.ru/vas/proj/>). См., например, проекты постановлений Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации», а также «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством». См. также Постановление Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 2929/11.

тия украинского гражданского судопроизводства в плане отведения суду руководящей роли по ведению процесса, гражданское процессуальное законодательство Франции — на развитие диспозитивных начал, поскольку гражданский процесс Франции относится к частному праву¹.

Аналогичный подход отмечается в национальном докладе А.Р. Салиева о состоянии гражданского процесса в Кыргызской Республике, где начиная с середины последнего десятилетия XX в. при реформировании гражданского процессуального законодательства специалисты Кыргызстана ориентировались на законодательство ФРГ, на опыт восточноевропейских стран, законодательство Франции и США. В то же время наибольшее влияние на законодательство Кыргызстана оказала российская правовая система, а также опыт других стран СНГ².

Показательно, что построение системы права и системы законодательства в Республике Казахстан также свидетельствует о большом влиянии на становление гражданского процесса в Казахстане советского права и германской правовой традиции. Это связано с тем, что, во-первых, даже после распада СССР в Казахстане определенное время действовали Законы СССР. Во-вторых, широкое распространение получило модельное законодательство стран СНГ. Наконец, поскольку Казахстан остался в правовой семье романо-германского права, естественно, что в его правовой системе сохранились основные принципы и отраслевое деление континентального права. Любой новый закон должен быть встроен в существующую систему права, иначе он принесет больше вреда, чем пользы, или вообще не будет работать. В частности, М. Сулейменов приводит в пример принятый в 1998 г. по инициативе Национальной комиссии по ценным бумагам Республики Казахстан Закон об акционерных обществах, разработанный с участием юристов США. Закон использовал американские понятия и инструменты, направленные на построение акционерного общества не как производственного предприятия, а как спекулятивного образования, участника рынка ценных бумаг. Этот Закон сразу забуксовал, практически не работал, что привело к разработке нового закона, соответствующего принципам континентальной системы права, который был принят в 2003 г. и действует до сих пор³.

Примечательно также, что в сфере гражданского законодательства Республики Казахстан большую помощь в подготовке ГПК и проектов законов о третейских судах и о международном арбитраже оказали специалисты ФРГ⁴.

О тесной связи с германской правовой традицией гражданского судопроизводства с национальным правопорядком говорится и в докладе профессора А. Галича, представляющего Словению. Отмечается, что закон о гражданском процессе в этой стране (*Zakon o pravdnem postopku*) тесно связан с его австрийским предшественником (*ZPO*). Кроме того, проводимые в Австрии и в Германии реформы гражданского судопроизводства являются основными источниками вдохновения инициируемых в Словении реформ и часто используются в качестве основы для разработки правовых актов⁵.

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² Национальный доклад А.Р. Салиева.

³ Сулейменов М. Система права и система законодательства Казахстана: выбор пути (<http://www.zakon.kz/4466326-sistema-prava-i-sistema-zakonodatelstva.html>).

⁴ Там же.

⁵ Национальный доклад А. Галича.

Здесь мы хотели бы отметить, что на тесную связь словенского и австрийского гражданского судопроизводства сильно влияет, в отличие от большинства других вышеуказанных стран, особый геополитический фактор, который описан А. Галичем в национальном докладе следующим образом.

До 1918 г. территория Словении была частью Австро-Венгерской империи. Однако эта связь в сфере гражданского судопроизводства не была прервана и после того, как Словения вошла в состав вновь образованной Югославии после Первой мировой войны (1918). Югославия при принятии нового единого законодательства в области частного права и гражданского процессуального права в полной мере ориентировалась именно на австрийское законодательство, так как оно считалось наиболее современным и продвинутым. Таким образом, первый югославский Закон о гражданском судопроизводстве 1929 г. представлял собой почти полный перевод австрийского ГПК Франца Кляйна.

После Второй мировой войны Югославия стала социалистическим и федеративным государством, состоящим из шести республик, Словения была одной из них. И хотя социалистическое право привнесло много далеко идущих изменений в законодательство, эти изменения были гораздо менее радикальными по сравнению с теми, что были внесены в законодательство других социалистических государств. Во многом это было обусловлено политическими причинами, в том числе тем, что Югославия ориентировалась на так называемый мягкий вариант социализма. Все это привело к тому, что введение социализма в Югославии после Второй мировой войны не чрезмерно повлияло на традиции ее гражданского судопроизводства¹.

Сейчас Словения, таким образом, пожалуй, в наибольшей степени сохранила многие черты германской модели гражданского судопроизводства, смешанные при этом, однако, с традициями социалистического права. Несмотря на это, тенденции развития гражданского процесса, которые будут ниже отмечены в отношении Словении, очень схожи с тенденциями развития в других странах региона. Это показательно, так как позволяет продемонстрировать некий общий вектор развития процессуального права на основе общей модели независимо от комбинации в ней различных элементов.

По нашему мнению, следует сделать общий вывод о том, что континентальное право является основой цивилистического процесса в большинстве евроазиатских стран. Для стран СНГ особенно характерны остатки советских традиций в правовой системе, которые в большей или меньшей степени перемешиваются с элементами немецкой модели гражданского судопроизводства.

Это — наличие единого фундамента в модели гражданского судопроизводства — является одной из важнейших предпосылок гармонизации и создает наиболее широкую основу для единого развития национального законодательства.

2. Организация судебной власти

Несмотря на единство модели гражданского судопроизводства, лежащей в основе правопорядка рассматриваемых стран, все они обладают индивидуальными национальными характеристиками. Одним из самых ярких индикаторов самобытности

¹ Национальный доклад А. Галича.

и уникальности системы гражданского судопроизводства каждой из рассмотренных стран является организация органов судебной власти: наличие или отсутствие единой системы судов, наличие специализированных судебных органов, в том числе для рассмотрения экономических и административных споров.

В странах системы гражданского права деление права на частное и публичное является фундаментальным и определяющим, в том числе организацию судебной системы¹. Однако для части стран Евразии это деление в плане организации судов не является актуальным: все гражданские суды являются одновременно судами и частного, и публичного права.

Данное обстоятельно отмечали зарубежные исследователи судебной организации. Так, К. Вербар пишет, что судебная организация, например, в российской правовой системе основывается не на фундаментальном делении на частное и публичное право, а на разграничении широко понимаемого экономического права и всего остального права² – в Российской Федерации действует разделение судов на суды общей юрисдикции и арбитражные суды (последние рассматривают экономические споры по правилам АПК РФ).

Такая же организация органов судебной власти, когда рассмотрение экономических споров осуществляется специальной системой судов, существует в Беларуси, Таджикистане и Узбекистане. Нужно отметить, что большинство других постсоветских государств создали единую судебную систему, возглавляемую высшим судом (Казахстан, Молдова, Кыргызстан, Туркменистан, Латвия, Литва, Эстония, Грузия, Армения, Азербайджан, в определенной степени Украина).

Одним из наиболее актуальных вопросов является также вопрос создания специальных судов для административного судопроизводства. Административное судопроизводство по целому ряду составляющих имеет свои особенности, которые определяют необходимость модификации процессуальной формы и учета особенностей публичного права. Логика разделения права на частное и публичное предполагает выделение в особую ветвь правосудия и административных судов.

В России по вопросу о создании административных судов суждения разделились как в доктрине, так и в высших судебных органах, позиция которых в вопросах законотворчества по судебным вопросам достаточно значима. Так, Верховный Суд России выступал за создание отдельной системы административных судов как подсистемы в судах общей юрисдикции. С этой целью было подготовлено два специальных законопроекта – «О федеральных административных судах» и Кодекс административного судопроизводства. Позиция арбитражных судов заключается в том, что во внутренней организации арбитражных судов уже учтено разделение права на частное и публичное, поскольку в арбитражном суде любого уровня имеется коллегия по рассмотрению дел частного права и коллегия по делам публичного права³.

¹ См., например: J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 33, 45, etc.

² Вербар К. Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. М.: Норма, 2002. С. 273.

³ Яковлев В.Ф. Судебная реформа: итоги и задачи // Экономика. Право. Суд: Проблемы теории и практики. М., 2003. С. 354.

Так или иначе, но в настоящий момент в Российской Федерации административные суды и соответствующий процессуальный кодекс остаются в проекте. Однако несомненным новшеством стало принятие закона о создании специализированного суда для рассмотрения отдельных категорий споров – Суда по интеллектуальным правам, который является специализированным арбитражным судом, рассматривающим в пределах своей компетенции дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав, в качестве суда первой и кассационной инстанций. Создание в России такого суда предусмотрено Федеральным конституционным законом 2011 г., сам суд создается в рамках системы арбитражных судов и должен быть образован не позднее 1 февраля 2013 г.

Таким образом, в России судебная система состоит из судов общей юрисдикции, в которые входят также военные суды, осуществляющие судебную власть в Вооруженных Силах и иных воинских формированиях и органах Российской Федерации; арбитражных судов, в составе которых предусмотрено образование специализированного суда по интеллектуальным правам; Конституционного Суда и конституционных (уставных) судов субъектов.

Следует признать, что в настоящий момент продолжается обсуждение вопроса о том, как может выглядеть судебная система с точки зрения ее верхнего уровня: необходимо ли сохранить на федеральном уровне несколько подсистем органов судебной власти, относительно самостоятельных и независимых друг от друга, – Конституционный Суд, Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд России либо их следует объединить в единый Верховный Суд с образованием внутри него нескольких палат сообразно видам судопроизводства: конституционного, гражданского, уголовного и административного.

По нашему мнению, в настоящее время три судебные подсистемы России, находящиеся между собой в координации, отражают общемировую тенденцию одновременного сосуществования общих и специализированных судов. Этот вывод актуален и показателен в отношении и стран Евразии, хотя и с некоторыми оговорками: организация органов судебной власти отличается своей индивидуальностью в большей или меньшей степени в каждой из рассмотренных стран.

Так, в Республике Беларусь система судов очень похожа на российскую: она строится на принципах **территориальности** и **специализации** и состоит из Конституционного суда, системы общих судов (в составе которой также действуют военные суды) и системы хозяйственных судов. При этом в Верховном суде Республики Беларусь существует специальная судебная коллегия по патентным делам.

Как отмечается в национальном докладе профессора В.В. Комарова, в соответствии с Конституцией Украины юрисдикция судов распространяется на все правоотношения, возникающие в государстве. Судопроизводство осуществляется Конституционным судом Украины и судами общей юрисдикции. Суды общей юрисдикции образуют единую систему судов. На основании ст. 18 Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» суды общей юрисдикции специализируются на рассмотрении гражданских, уголовных, хозяйственных, административных дел, а также дел об административных правонарушениях. Соответственно гражданские дела рассматриваются общими судами по правилам Гражданского процессуального кодекса, хозяйственные (экономические) споры рассматриваются хозяйственными судами по правилам Хозяйственного процессуального кодекса, административные

дела рассматриваются административными судами в порядке, определенном Кодексом административного судопроизводства¹.

С 2005 г. в Украине в систему судов общей юрисдикции входят и административные суды, которые рассматривают дела по правилам специального законодательства — Кодекса административного судопроизводства, принятого 6 июля 2005 г. и введенного в действие с 1 сентября 2005 г. Кодекс административного судопроизводства Украины определяет юрисдикцию, полномочия административных судов по рассмотрению административных дел, порядок обращения в административные суды и порядок осуществления административного судопроизводства. В административный суд могут быть обжалованы любые решения, действия или бездействие субъектов властных полномочий, кроме случаев, когда в отношении таких решений, действий или бездействия Конституцией или законами Украины установлен другой порядок судебного производства².

Иным образом организована судебная власть в Кыргызстане. Система судов гражданской и экономической юрисдикции в Кыргызской Республике интегрирована в единую судебную систему. До 2003 г. в Кыргызской Республике действовала судебная система, в которой арбитражные суды (суды, рассматривающие экономические споры) являлись самостоятельным ответвлением судебной власти наряду с Конституционным судом и судами общей юрисдикции. В настоящее время экономическая категория споров рассматривается по первой инстанции — межрайонными судами. Это суды, образованные для рассмотрения экономических споров и споров, возникающих из административных правоотношений. Межрайонные суды отделены от обычных районных судов, но находятся на одном уровне с ними. В каждой области создано по одному межрайонному суду. Во второй инстанции в рамках областных судов существуют три коллегии, пересматривающие гражданские дела, уголовные дела, и отдельная коллегия, пересматривающая экономические споры и споры, возникающие из административных правоотношений. Такой же принцип разделения сохраняется в Верховном суде Кыргызской Республики. Таким образом, только в рамках первой инстанции суды, рассматривающие экономические споры структурно отделены от обычных судов, рассматривающих гражданские и уголовные дела³.

Интеграция арбитражных судов и судов гражданской юрисдикции в одну судебную систему привела также к объединению в рамках одного Гражданского процессуального кодекса правил рассмотрения гражданских и экономических дел. Так, в ГПК Кыргызской Республики имеется специальный раздел, посвященный порядку рассмотрения экономических дел «Раздел VI. Особенности гражданского судопроизводства по экономическим делам». Раздел отражает специфику рассматриваемых споров, так как общие правила ГПК, как правило, недостаточно отражают специфику рассмотрения экономических споров, т.е. правила разд. VI ГПК КР являются основными при рассмотрении экономических споров. В функциональные обязанности межрайонных судов входит и рассмотрение административных дел. Таким образом, рассмотрение административных дел делится лишь по подсуд-

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² Там же.

³ Национальный доклад А.Р. Салиева.

ности между судами в рамках первой инстанции судебной системы Кыргызской Республики¹.

Схожим образом построена судебная система Республики Казахстан, которую составляет Верховный суд Республики Казахстан и местные суды. Образование специальных и чрезвычайных судов под любым названием не допускается. К местным судам относят областные и приравненные к ним суды, районные и приравненные к ним суды. Также в Республике Казахстан могут создаваться специальные суды (военные, налоговые).

В Словении судебная власть осуществляется судами общей юрисдикции (которые рассматривают гражданские, коммерческие, семейные споры и уголовные дела) и специализированными судами. В Словении действуют 44 окружных суда, 11 районных судов, четыре высших суда (апелляционные суды) и Верховный суд Республики Словения (*Vrhovno sodišče*). Существует также Конституционный суд, но он не является частью общей судебной системы. Экономические споры рассматриваются по правилам ГПК, в котором есть отдельная глава, посвященная рассмотрению таких категорий дел; отмечается, однако, что отличия правил рассмотрения коммерческих споров от общих несущественны².

Сказанное позволяет увидеть, что вопрос об организации судебной системы решается на национальном уровне индивидуально. Это в полной мере относится и к системе пересмотра судебных актов.

Не вдаваясь детально в особенности систем каждой из исследуемых стран, отметим, что в разных странах по-разному решен вопрос, например, о существовании надзорных судов, к тому же их роль постоянно реформируется, как и вся система в целом.

Это актуально, например, для России, где в последние 10 лет существенно менялась система пересмотра судебных актов как арбитражных судов, так и судов общей юрисдикции; однако в обеих системах сохраняется надзорная инстанция, которая была существенно модифицирована.

Кроме того, в настоящий момент примерно схожим образом выстроена система пересмотра судебных актов в систему судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Обжалование решений судов, не вступивших в законную силу, осуществляется в апелляционном порядке, вступивших в законную силу — в кассационном порядке. Надзорной инстанцией в системе арбитражных судов является Высший Арбитражный Суд, а в системе судов общей юрисдикции — Верховный Суд РФ. В обоих случаях пересмотр судебных актов в порядке надзора является исключительным и экстраординарным.

В других странах надзорная инстанция была упразднена, как, например, в Украине, где судебный надзор существовал до 2001 г. по ГПК Украины 1963 г. В то же время отмечается, что существующая модель кассации предусматривает возможность обжалования всех решений по гражданским делам, что ведет к значительным проблемам в деятельности Верховного суда Украины, ставит под угрозу обязательность судебных решений и их юридическую силу, которые являются производными и взаимосвязанными с требованиями правовой эффективности и правовой определенности³.

¹ Национальный доклад А.Р. Салиева.

² Национальный доклад А. Галича.

³ Национальный доклад В.В. Комарова.

Система пересмотра судебных актов в Кыргызской Республике также включает в себя надзорную инстанцию. После рассмотрения дела по первой инстанции у лиц имеется 30-дневный срок для обжалования судебного акта в порядке апелляции (областные суды и суд города Бишкек). Апелляционная инстанция характеризуется по своим основным признакам как полная апелляция. В случае пропуска данного срока у заинтересованных лиц остается возможность для обжалования актов в порядке кассации в том же суде, который рассматривает дело в порядке апелляции. Кассация характеризуется отсутствием возможности установления новых обстоятельств по делу, невозможностью представления новых доказательств и правом суда кассационной инстанции передать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Надзорная инстанция обладает широкими полномочиями при пересмотре судебных актов и может проверять не только правильность применения норм права, но и правильность установления фактических обстоятельств по делу.

Своеобразием отличается система пересмотра судебных актов в Словении. В этой стране существует апелляционная инстанция, а дальнейшее обжалование судебного акта возможно только в экстраординарном порядке в Верховном суде, такой порядок называется *revizija* и по существу, как отмечается в национальном докладе, схож с кассационной инстанцией¹.

Можно признать, что система пересмотра судебных актов во всех государствах является также индивидуальной, как и судебная система в целом. В то же время все они являются определенным компромиссом между сроками судебного разбирательства и эффективностью системы пересмотра судебных актов.

3. Сходство в источниках гражданского процессуального права

Среди вопросов, по которым имеются ответы национальных докладчиков, была целая группа, посвященная источникам гражданского процесса. Изучение ответов на эти вопросы и иных материалов позволили прийти к достаточно прогнозируемому выводу о том, что источники гражданского судопроизводства в каждой из исследуемых стран в целом схожи. Это касается не только наличия в каждой стране Конституции, которая является важнейшим источником процессуального права, или кодифицированного акта законодательства, но и схожей роли правоприменительной практики, а также общих для многих стран международных актов.

Анализ показал, что система источников гражданского судопроизводства строится в большинстве стран следующим образом. Основной закон страны определяет основные принципы судостроительства и судопроизводства, в то время как весь массив процессуальных норм содержится в процессуальном кодексе. Вопросы судостроительства, а также ряд других норм процессуального права регламентируются специальными законами.

Так, в ч. 1 ст. 2 ГПК Украины установлено, что гражданское судопроизводство осуществляется в соответствии с Конституцией Украины, этим Кодексом и Законом Украины «О международном частном праве». Основным источником гражданского процессуального права является Конституция Украины, закрепившая важнейшие

¹ Национальный доклад А. Галича.

принципы судопроизводства. К источникам гражданского процессуального права относятся также: Гражданский процессуальный кодекс Украины, Закон Украины «О судостроительстве и статусе судей», Закон Украины «О прокуратуре», Закон Украины «Об адвокатуре», Закон Украины «О безвозмездной правовой помощи» и т.д.

В Кыргызстане действует ГПК, принятый в 1999 г. Конституция Кыргызской Республики определяет систему судов и судопроизводства в Кыргызской Республике. В ней не содержится норм, которые можно было бы назвать непосредственно процессуальными, но Конституция содержит отдельные базовые принципы, на которых строится система гражданского судопроизводства, — это принцип осуществления правосудия только судом, равенства всех перед законом и судом, состязательности в гражданском процессе и т.д.¹

В Азербайджанской Республике порядок судопроизводства по гражданским делам в судах определяется Конституцией, Законом Азербайджанской Республики о судах и судьях 1997 г., ГПК, другими законами, а также международными договорами, стороной в которых является Азербайджанская Республика.

Порядок судопроизводства по гражданским делам на территории Республики Казахстан определяется конституционными законами, Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан, основанном на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок гражданского судопроизводства, подлежат включению в ГПК (ч. 1 ст. 2 ГПК Республики Казахстан).

В Словении действует принятый в 1999 г. Гражданский процессуальный кодекс Словении. Существует также несколько специальных законов, в которых содержатся нормы, которые имеют значение для гражданского судопроизводства. Например, правила международной юрисдикции (в том числе правила о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов) регламентируются законом о международном частном праве и процессе. В то же время некоторые нормы, важные также и для гражданского процесса, содержатся в Конституции.

Таким образом, можно признать, что стержневым законодательным актом гражданского судопроизводства в постсоветских государствах является гражданский процессуальный кодекс, а также кодекс, посвященный рассмотрению дел специальной системой судов (существует не во всех странах).

Показательно, что во всех исследованных государствах прецедентное право формально не признается источником права. Но на практике, например, в Словении, суды низшей инстанции, как правило, следуют позиции апелляционных судов и Верховного суда. Одна из функций Верховного суда Словении предусматривает обеспечение единства судебной практики (ст. 110 Закона о судах).

Такая функция высших судов, направленная на разъяснение или толкование положений закона, закреплена за высшими судами практически всех стран. Это объясняется отчасти тем, что большое влияние на становление процессуального законодательства оказало законодательство бывшего СССР.

Так, как отмечено в докладе о состоянии гражданского процесса в Республике Кыргызстан, в Советском Союзе значительную роль в правоприменительной деятельности играли постановления Пленума Верховного Суда СССР и союзных

¹ Национальный доклад А.Р. Салиева.

республик, и эта традиция находит свое отражение и сегодня. Конституция этой Республики закрепила положение, согласно которому Пленум Верховного суда дает разъяснения по вопросам судебной практики. Отсутствие в законе фразы «обязательные для нижестоящих судов» или близкой к смыслу данной фразы оговорки не говорит о том, что толкование норм на основе обобщения судебной практики не является ориентиром для судов нижестоящих инстанций и самого Верховного суда¹.

Поэтому в Кыргызстане сохранилась традиция, в соответствии с которой вышестоящий по иерархической лестнице суд определяет направление развития правоприменительной деятельности. Это проявляется в судебной интерпретации наиболее сложных и часто применяющихся в правоотношениях норм права, неоднозначно трактуемых в юридической среде².

Аналогичная ситуация сложилась и в иных странах региона. Так, согласно ст. 51 Кодекса Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей Пленум Верховного суда Республики Беларусь рассматривает материалы обобщения судебной практики, судебной статистики и дает в порядке судебного толкования общим судам разъяснения по вопросам применения законодательства.

Согласно Закону Республики Молдова «О Высшей судебной палате» 1996 г. Высшая судебная палата обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает по собственной инициативе разъяснения по вопросам судебной практики, не носящие характера толкования законов и не имеющие обязательной силы для судей (п. «е» ст. 2 Закона).

Верховный суд Российской Федерации дает разъяснения по вопросам судебной практики (п. 5 ст. 19 **Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»** 1996 г.), такое же полномочие есть у Высшего Арбитражного Суда (п. 5 ст. 23 названного ФКЗ).

Пленум Верховного суда Латвийской Республики обсуждает актуальные вопросы интерпретации норм права (ч. 2 ст. 49 Закона Латвийской Республики «О судебной власти» 1992 г.); причем в изначальной редакции этого Закона Пленум был наделен правом принимать обязательные для судов разъяснения о применении законов.

Верховный Суд Республики Таджикистан обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику, дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения действующего законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел, осуществляет контроль за выполнением судами этих разъяснений (ст. 23 Конституционного закона Республики Таджикистан «О судах Республики Таджикистан»).

В Туркменистане Верховный суд, во-первых, изучает и обобщает судебную и арбитражную практику, организует работу по ведению судебной статистики и исполнению судебных решений, анализирует и обобщает статистические данные, дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства Туркменистана, возникающим при рассмотрении судебных дел, а во-вторых, осуществляет контроль за выполнением судами руководящих разъяснений Пленума Верховного суда Туркменистана (п. 3 и 4 ч. 1 ст. 38 Закона Туркменистана «О суде»).

¹ Национальный доклад А.Р. Салиева.

² Там же.

В соответствии с Законом Республики Узбекистан «О судах», Пленум Верховного суда Республики Узбекистан рассматривает материалы обобщения судебной практики и дает разъяснения по вопросам применения законодательства (ст. 17 Закона). Разъяснения Пленума Верховного суда Республики Узбекистан по вопросам применения законодательства обязательны для судов, других органов, предприятий, учреждений, организаций и должностных лиц, применяющих законодательство, по которому дано разъяснение (ч. 3 ст. 31 Закона). Верховный суд Республики Узбекистан осуществляет контроль за выполнением судами разъяснений Пленума Верховного суда Республики Узбекистан (ч. 4 ст. 13 Закона).

Также во всех странах часто действуют общие международные акты. Например, к источникам гражданского процессуального права Украины относятся следующие международные акты¹:

- Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г.;
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.;
- Конвенция о вручении за границей судебных и несудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г.;
- Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 г.;
- Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства от 7 июня 1968 г. и Дополнительный протокол к ней от 15 марта 1978 г.;
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г.;
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях в гражданских, семейных и уголовных делах от 22 января 1993 г. и Протокол к ней от 28 марта 1997 г.;
- Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.;
- Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г.

Нетрудно заметить, что многие из указанных актов являются действующими для большинства постсоветских государств и имеют, как правило, даже большую юридическую силу, чем национальное законодательство, хотя есть и исключения.

Так, в отличие от многих других стран в Кыргызской Республике международные договоры не ставятся в привилегированное положение по отношению к внутреннему законодательству.

Говоря об источниках процессуального права, следует также отметить, что эта страна является ярким примером влияния на гражданское процессуальное право обычаев. Так, в 2002 г. в Кыргызской Республике был принят закон «О судах аксакалов». Это создаваемые на добровольных началах и на основе выборности и самоуправления общественные органы, в чьи функции входит рассмотрение и по возможности разрешение направляемых местными судами материалов по гражданским делам в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством, а также дел по заявлению самих граждан (с согласия сторон) для разрешения имущественных и семейных споров с целью достижения примирения сторон. Как правило, данный орган имеет авторитет в провинциальной части страны.

¹ Согласно национальному докладу В.В. Комарова.

Очень важно, что практически во всех исследованных странах существует схожая структура источников гражданского процесса. Это также наравне с моделью процесса является фундаментальной основой для гармонизации процессуальных норм.

Несмотря на то что процессуальное законодательство всех стран развивается индивидуально, в самобытных национальных условиях, с разными темпами и даже подчас в разных направлениях, во всех странах практически одинаковой остается роль судебной практики.

Это в очередной раз подчеркивает мысль о том, что наличие общей процессуальной модели в основе гражданского судопроизводства оказывает сильное влияние на его содержание.

4. Сходство принципов судостройства и судопроизводства

Следующее сходство между рассматриваемыми национальными правовыми порядками касается принципов судостройства и судопроизводства.

Общепринято, что принципы права — это основополагающие начала, что обусловлено той ролью, которую они играют в существовании и развитии права. Практически принципы определяют самостоятельность отрасли права наравне с предметом и методом правового регулирования, поэтому они выражают сущность конкретной отрасли права. Поскольку выше был сделан вывод об общем сходстве моделей гражданского судопроизводства, это позволяет объяснить общее сходство системы принципов практически во всех рассматриваемых странах.

Для примера отметим, что независимо от построения системы принципов в каждой из рассмотренных стран гражданское судопроизводство основывается как минимум на таких принципах, как законность, верховенство права, осуществление правосудия только судом, независимость судей и подчинение их только закону, равенство всех перед законом и судом, состязательность и равноправие сторон в гражданском процессе, доступность судебной защиты, диспозитивность и т.д.

Безусловно, в каждой из стран реализация любого из этих принципов отличается своей самобытностью. Например, в Российской Федерации с учетом ее статуса федеративного и мультикультурного государства отличается определенной спецификой реализация принципа национального языка судопроизводства.

Также в одних странах существуют принципы, которые могут не выделяться в качестве таковых в других странах. В той же России в настоящее время принято выделять в качестве самостоятельного принцип разумности сроков судопроизводства по гражданским делам, что связано с принятием соответствующего законодательства в 2010 г.

По нашему мнению, очень показательно схожее во всех странах действие целого ряда принципов гражданского процесса, которые можно признать наиболее значимыми. К таковым относятся, например, принципы состязательности сторон и принцип диспозитивности.

Согласно ГПК Республики Молдова диспозитивность проявляется в возможности для участников процесса (в первую очередь — сторон) свободно распоряжаться субъективным материальным правом или законным интересом, рассматриваемыми в суде, а также процессуальными правами, выбирать процессуальные способы

и средства защиты. Судебная инстанция не допускает распоряжения правом или использования способов защиты в случае, если они противоречат закону либо нарушают права или законные интересы лица (ст. 27 ГПК Республики Молдова).

Как указано в ГПК Грузии (ст. 3), стороны приступают к производству по делу в суде в соответствии с правилами, изложенными в ГПК, путем подачи иска или заявления. Они определяют предмет спора и сами же принимают решение о подаче иска (заявления). Стороны могут завершить производство по делу путем достижения мирового соглашения. Истец может отказаться от иска, а ответчик признать иск.

Согласно ГПК Республики Беларусь юридически заинтересованные в исходе дела лица имеют право свободно распоряжаться принадлежащими им материальными и процессуальными правами, не нарушая при этом права и охраняемые законом интересы других лиц и государства. Гражданские дела возбуждаются судом только по заявлениям юридически заинтересованных в исходе дела лиц и рассматриваются лишь в отношении заявленных требований, кроме случаев, предусмотренных ГПК и другими законодательными актами (ст. 18 ГПК Республики Беларусь).

Важность принципа диспозитивности в гражданском процессуальном праве Словении подчеркивается в первых статьях ГПК этой страны (ст. 2 и 3). Суд всегда связан иском и требованиями истца. Именно по этой причине истец обязан четко и точно формулировать все свои требования уже на стадии подачи иска. Стороны могут также свободно распоряжаться своими правами и средствами защиты в ходе судебного разбирательства.

Схожим образом закрепляется во всех рассмотренных правопорядках принцип состязательности сторон в процессе, который определяет в том числе и роль суда в процессе. Согласно ГПК Украины (ст. 10) стороны и другие лица, принимающие участие в деле, имеют равные права по предоставлению доказательств, их исследованию и доказыванию перед судом их убедительности. Каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований или возражений.

Судья обязан во всех случаях обеспечить принцип состязательности процесса. Он обязан обосновать свое решение только доводами, рассмотренными на основе принципа состязательности сторон, объяснениями сторон и документами. Суд не вправе, не пригласив стороны, обосновать свое решение своими юридическими доводами исходя из служебного положения (ч. 3 ст. 9 ГПК Азербайджанской Республики).

Согласно ГПК Грузии стороны пользуются равными правами и возможностями обоснования своих требований, опровержения или погашения требований, соображений или доказательств, выдвигаемых другой стороной. Стороны сами же определяют, какие факты должны лечь в основу их требований или какими доказательствами должны быть подтверждены эти факты (ч. 1 ст. 4).

Состязательность предполагает организацию процесса таким образом, чтобы стороны и другие участники процесса имели возможность формулировать, аргументировать и доказывать свою позицию в процессе, выбирать способы и средства ее защиты самостоятельно и независимо от судебной инстанции, других органов и лиц, высказывать свою позицию по фактическим и правовым вопросам, имеющим отношение к рассматриваемому делу, и высказывать свою точку зрения по инициативе судебной инстанции (ч. 2 ст. 26 ГПК Республики Молдова).

Следует признать, что процессуальное право практически всех стран Евразии последовательно выстраивается вокруг принципа состязательности как основы, определяющей характер процесса и роль участвующих в нем субъектов.

Например, в Республике Кыргызстан принцип состязательности проявляется, во-первых, в доказательственной деятельности участников процесса, представлении ими доказательств, высказывании собственных суждений относительно своей позиции, выдвижении контраргументов, опровергающих позицию противоположной стороны; во-вторых, в определении круга подлежащих доказыванию фактов, предмета доказывания; в-третьих, в свободном распоряжении материальными правами в ходе судопроизводства; в-четвертых, процесс построен таким образом, чтобы стороны могли в ходе дискуссии и ведении спора в судебном разбирательстве постараться убедить суд в правильности собственной позиции¹.

Аналогичным образом раскрывается принцип состязательности в праве иных стран. Например, согласно ГПК Латвии стороны осуществляют свои процессуальные права в форме состязания. Состязание происходит в виде дачи сторонами разъяснений, представления доказательств, адресованных суду заявлений, участия в допросе свидетелей и экспертов, проверки и оценки других доказательств, участия в судебных прениях и совершения иных процессуальных действий в установленном ГПК порядке (ст. 10 ГПК Латвии).

Важно подчеркнуть, что во всех исследуемых странах суду в гражданском процессе отведена руководящая роль, суд призван обеспечить сторонам условия для распоряжения их правами и процессуальными средствами защиты для отстаивания своей позиции.

Такой подход в известной степени определяет содержание целого ряда процессуальных норм, что объясняет сходство целых институтов в правопорядках разных стран.

5. Сходство института доказывания

Сказанное выше в полной мере касается института доказывания. Не останавливаясь подробно на излишнем описании этого института, отметим, что в рассматриваемых странах оказываются весьма схожими не только правила распределения бремени доказывания (определяемые главным образом принципом состязательности), но и используемые средства доказывания, а также правила представления, исследования и оценки доказательств.

Например, согласно ГПК Словении, институт доказывания включает в себя следующие основные положения. Каждая сторона должна указать обстоятельства и привести доказательства, которые их подтверждают, при этом перечень средств доказывания является ограниченным и включает в себя документы, показания свидетелей, показания экспертов и сторон, а также осмотр вещественных доказательств. Отсутствует какая-либо иерархия средств доказывания, и все виды доказательств имеют одинаковый вес в соответствии с принципом свободной оценки доказательств (ст. 8 ГПК). Правила, регулирующие бремя доказывания, вытекают из норм материального права. Истец обязан указать и в конечном счете доказать

¹ Национальный доклад А.Р. Салиева.

факты, лежащие в основании иска, в то время как другая сторона должна представить доказательства в опровержение данных требований. При этом специальная процедура раскрытия доказательств не предусмотрена.

Нетрудно заметить, что указанные выше правила являются в определенной степени идентичными правилам, закрепленным в процессуальном законодательстве большинства евроазиатских стран.

Так, аналогичный перечень средств доказывания приводится в ГПК иных стран (ч. 1 ст. 55 ГПК Российской Федерации, ст. 47 ГПК Республики Армения, ст. 178 ГПК Республики Беларусь, ч. 2 ст. 57 ГПК Республики Таджикистан). Примерно схожими являются и правила собирания и исследования доказательств, хотя национальная специфика присутствует. Например, ст. 214 ГПК Республики Беларусь предусмотрено проведение судебного эксперимента; он проводится по требованию юридически заинтересованных в исходе дела лиц или по инициативе самого суда путем воспроизведения обстановки, в которой происходило определенное событие, и действий, из которых это событие состояло.

Наконец, во многих странах региона допускается досудебное обеспечение доказательств. Обеспечение доказательств до возникновения дела в суде производится нотариусом или должностными лицами консульских учреждений в порядке, предусмотренном законодательством (ч. 2 ст. 68 ГПК Кыргызской Республики, ч. 2 ст. 76 ГПК Республики Казахстан, ч. 2 ст. 67 ГПК Республики Таджикистан, гл. XX Основ законодательства РФ о нотариате). Обеспечение доказательств до возбуждения дела в судебной инстанции производится нотариусами или официальными лицами дипломатических представительств в порядке, предусмотренном действующим законодательством (ч. 2 ст. 127 ГПК Республики Молдова). Обеспечение доказательств, необходимых для ведения дел в органах иностранных государств, производится нотариусами (ч. 2 ст. 234 ГПК Республики Беларусь, ч. 2 ст. 61 ГПК Республики Узбекистан).

Значительным образом в последнее время был модифицирован институт доказывания в арбитражном процессе Российской Федерации.

Во-первых, Федеральным законом 2010 г. в АПК РФ были внесены изменения, в соответствии с ними обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований (ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ).

Во-вторых, в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы. При этом в качестве доказательств допускаются объяснения лиц, участвующих в деле, и иных участников арбитражного процесса, полученные путем использования систем видеоконференц-связи (ч. 2 ст. 64 АПК РФ).

В-третьих, каждое лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания или в пределах срока, установленного судом, если иное не установлено Кодексом (ч. 3 ст. 65 АПК РФ). За нарушение указанного правила суд может отнести на сторону

все судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела. Это правило направлено на реализацию процедуры раскрытия доказательств¹.

Институт доказывания является одним из самых ярких проявлений того, что страны евразийского региона имеют общую основу гражданского судопроизводства. Показательно, что зачастую правила, действующие в разных странах, являются практически идентичными.

Это обусловлено также наличием общей основы в виде советского права, а также большим влиянием стран друг на друга при проведении реформ.

6. Дифференциация судебных процедур и стремление к их упрощению

Одной из определяющих тенденций развития системы гражданской юрисдикции является поиск оптимальных процессуальных форм разрешения дел. Современная система гражданской юрисдикции развивается в направлении разграничения судебных процедур, а также поиска упрощенных форм разрешения подведомственных судам дел, для того чтобы найти оптимальное соотношение между результатом и способом его достижения. Можно отметить постоянный поиск путей рационализации и оптимизации процессуальных форм разрешения дел, позволяющих достичь целей судопроизводства посредством упрощения основных составляющих судебного процесса, не снижая в целом уровень юридических гарантий.

Изложенное выше определяет подход к решению вопросов, связанных с упрощением и ускорением процессуальной формы, иными словами, речь идет о развернутых и сокращенных фактических составах, об оптимальном наборе юридических фактов, позволяющих выполнить целевые установки гражданского судопроизводства. Данная проблема не новая в теории и практике судебной деятельности всех стран.

Можно отметить, что подход к дифференциации процессуальной формы соответствует общемировым тенденциям. Так, судебная реформа в Англии была направлена во многом на упрощение и ускорение судопроизводства, развитие специализированных производств². Такие же тенденции отмечаются в ФРГ³ и многих других странах⁴. Образцом здесь является, на наш взгляд, ГПК Франции 1975 г., который содержит практически весь необходимый процессуальный инструмен-

¹ См. подробнее: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 234–248 (автор комментария — И.В. Решетникова).

² См. исследование реформы английского гражданского судопроизводства: *Кудрявцева Е.В.* Гражданское судопроизводство Англии. М.: Городец, 2008. С. 6, 7, 23, и др. См. также о целях реформы гражданского процесса Англии: *Леже Р.* Великие правовые системы современности. С. 368.

³ См.: *Гиллес П.* Система гражданского судопроизводства на Востоке и Западе, а также основные тенденции реформирования гражданского процесса и некоторые размышления о разрешении гражданских споров в будущем // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. СПб., 2008. С. 513–525.

⁴ См. в целом материалы конференции «Последние тенденции в развитии гражданского процессуального права — между Востоком и Западом (материалы международной конференции в честь 100-летия со дня рождения профессора Ионаса Жеруолиса)», где подробно рассматривались указанные тенденции (Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. СПб., 2008. С. 502–649).

тарий для всестороннего и всеэтапного (досудебный, судебный, постсудебный) разрешения конфликтов и урегулирования споров.

Базовый уровень дифференциации судебных процедур отмечается и во всех исследованных странах. Так, действующий ГПК Украины предусматривает процедуру приказного производства как обособленную процедуру гражданского судопроизводства наряду с исковым и особым производствами. По результатам рассмотрения гражданских дел в приказном производстве суд принимает судебный приказ, который является особой формой судебного решения. Гражданский процессуальный кодекс Украины также предусматривает заочное рассмотрение дела как специфическую процедуру искового производства¹.

В Российской Федерации предусмотрена возможность вынесения заочного решения и судебного приказа в рамках гражданского процесса, а в арбитражном процессе предусмотрена возможность рассмотрения дела в порядке упрощенного производства.

Имеет явное своеобразие правовое регулирование упрощенного производства в процессуальном законодательстве Грузии, которое предусматривает две категории дел: 1) рассмотрение возбужденных исков о векселях и чеках (гл. 23 ГПК Грузии); 2) рассмотрение дел о взыскании задолженности по определенной денежной сумме (гл. 24 ГПК Грузии).

В Армении предусмотрено ускоренное судебное разбирательство. Согласно ст. 125 ГПК Армении суд вправе применить ускоренное судебное разбирательство: 1) в случаях, не терпящих отлагательств; 2) если иск явно обоснован; 3) если иск явно не обоснован. При этом основаниями для применения ускоренного судебного разбирательства являются, в частности, случаи, когда: 1) требование основано на сделке, совершенной в письменной форме; 2) требование основано на неоспоримом праве с заранее оцененным ущербом; 3) заявлено требование о взыскании алиментов, не связанное с установлением отцовства; 4) заявлено требование, связанное с трудовым спором; 5) не представлены доказательства, подтверждающие заявленное требование.

В Словении предусмотрена упрощенная процедура рассмотрения исков, сумма которых не превышает 2 тыс. евро; в соответствии со ст. 318 ГПК предусмотрена возможность вынесения заочного решения; по отдельным категориям споров возможно вынесение судебного приказа².

Очевидно, что тенденция к внедрению упрощенных судебных процедур проявляется в законодательствах разных стран своеобразно. В одних правовых порядках она реализована минимально, в других применяется более гибкий подход и предусматриваются разнообразные формы ускорения судебного производства.

7. Доступность правосудия и механизм защиты общественного интереса

Необходимо также отметить наличие во всех правовых порядках общих базовых элементов защиты общественного интереса и основных подходов к решению вопроса о доступности правосудия.

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² Национальный доклад А. Галича.

Механизм права общественного интереса направлен на то, чтобы создать для всех одинаковые правовые условия для обращения к правосудию и защите интересов в суде, компенсировать некоторые недостатки, невозможность или неполноценность судебной защиты прав и интересов отдельных лиц или группы таких лиц, а также общества в целом.

Конкретными элементами такого механизма являются, в том числе, и система предоставления бесплатной юридической помощи малоимущим, особенности уплаты государственной пошлины, защита интересов лица другими лицами, иски в защиту неопределенного круга лиц и групповые иски, участие органов прокуратуры в процессе, некоторые особенности институтов подсудности и доказывания, и т.д.

Обеспечение доступа к правосудию отражает влияние концепции прав человека, но в современных условиях превратилось во вполне самостоятельное направление развития всей системы правосудия как ярко выраженная тенденция развития процессуального права, влияющая самым прямым образом на модель правосудия в целом и в ее частностях. Для государств — членов Совета Европы необходимость обеспечить доступ к правосудию вытекает также из ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, закрепляющей право на справедливое судебное разбирательство¹.

Многоаспектный характер проблемы доступа к правосудию определяет и решение вопроса ее нормотворческого разрешения. Вся система гражданского и арбитражного процесса, а также в целом гражданской юрисдикции гарантирует доступ к правосудию. Поэтому совершенствование процессуальных регламентов, определяющих доступ к правосудию, должно происходить при подготовке новых и внесении изменений в действующие процессуальные законы.

Можно отметить, что проблема защиты права общественного интереса и проблема доступа к правосудию стоят особенно остро в отношении государств — бывших участников СССР. Это связано с тем, что в советское время проблемы, например, доступа к правосудию в ее современном понимании не существовало. Суды имели ограниченную компетенцию, вышестоящими судами и органами юстиции осуществлялся строгий контроль за соблюдением сроков рассмотрения дел, судебные расходы были невелики, а суд в силу советской концепции правосудия был обязан проявлять активность в сборе доказательств, от него требовалось установить истину по делу. Тогда был немыслим отказ в иске по мотивам недоказанности истцом его требований, поскольку это все ставилось в обязанность суда — собрать доказательства и вынести законное и обоснованное решение по требованию истца.

С распадом СССР правовая система каждой страны по-своему адаптировалась к решению социальных задач. Несмотря на это, общее правовое наследие и традиции оставили заметный след в системах гражданского судопроизводства и остаются в национальных системах до сих пор.

¹ Вопрос о доступе к правосудию постоянно рассматривается в доктрине. См., например: *Ярков В.В.* Юридическая помощь по судебным делам малоимущим гражданам // *Бернэм У., Решетникова И.В., Ярков В.В.* Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 104—111; *Он же.* Доступно ли гражданам наше правосудие? // *Российская юстиция.* 1999. № 2. С. 25—26; *Сидоренко В.М.* Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2002; *Приходько И.А.* Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб., Изд-во С.-Петербург. гос. ун-та. 2005. С. 79—109, и др.

Ярким образом это проявляется в роли органов прокуратуры в гражданском процессе. Практически во всех постсоветских странах именно на них возложена функция по защите общественного интереса. Например, в Казахстане прокурор вправе обратиться в суд с иском, заявлением о защите прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, общественных и государственных интересов. В случаях, предусмотренных законом, государственные органы и органы местного самоуправления, организации или отдельные граждане могут обращаться в суд с иском в защиту прав, свобод и охраняемых законом интересов других лиц по их просьбе, а равно общественных или государственных интересов. Иск в защиту интересов недееспособного гражданина может быть предъявлен независимо от просьбы заинтересованного лица (ч. 1 ст. 56 ГПК Республики Казахстан).

Аналогичные положения содержатся в законодательстве России, Беларуси, Молдовы, Узбекистана, Таджикистана и т.д. Предусмотрена возможность участия прокурора в процессе и в Словении, правовая система которой в наименьшей степени из рассматриваемых стран вобрала в себя нормы и дух социалистического права.

Наиболее распространенный способ обеспечения доступа к правосудию, помимо использования льгот по уплате государственной пошлины, является принятие специального закона о юридической помощи. В частности, в Словении вопрос о предоставлении бесплатной юридической помощи детально регулируется специальным законом 2001 г.

В России 21 ноября 2011 г. был также принят Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации». 2 июня 2011 г. был принят Закон Украины «О бесплатной правовой помощи». В тех же странах, где специальный закон, посвященный оказанию бесплатной юридической помощи, до сих пор не принят, реализация принципа доступности правосудия осуществляется прокурорами (как, например, в Республике Кыргызстан) и (или) адвокатами (обязанность адвокатов в той или иной форме оказывать помощь льготным категориям граждан предусмотрена в некоторых странах в специальных законах об адвокатуре).

Если минимальные стандарты доступа к правосудию в этом направлении реализуются как минимум посредством традиционных и, нужно признать, довольно действенных способов защиты, то ситуация с защитой, например, коллективных интересов значительно сложнее.

В настоящий момент концепция групповых исков в более или менее определенном виде реализована только в Российской Федерации.

С 1 января 2010 г. вступили в силу изменения в АПК РФ, дополнившие его специальной главой, регламентирующей процессуальный порядок рассмотрения исков в защиту прав и законных интересов многочисленной группы лиц. Процессуальный механизм групповых исков общего права, споры о необходимости использования которого в российской юридической науке и различных органах государственной власти шли на протяжении многих лет, получил законодательное признание и стал частью российской процессуальной системы¹.

¹ При этом первые публикации о групповых исках в российской доктрине появились еще в 1995 г. См., например: Ярков В.В. Как защитить права неопределенного круга лиц // Рынки капиталов. 1995. № 41. С. 1–3; Он же. Новые формы исковой защиты в гражданском процессе (групповые и косвенные иски) // Государство и право. 1999. № 9. С. 32–40; Он же. Групповой иск: краткий комментарий главы 28² АПК РФ // Вестник ВАС РФ. 2010. № 9. С. 6–25.

В то же время в постсоветских системах, как правило, существуют схожие формы некоторых категорий групповых исков (о защите неопределенного круга лиц). Например, п. 9 ст. 25 Закона Украины «О защите прав потребителей» предусматривает, что объединения потребителей имеют право обращаться с исками в суд о признании действий продавца, производителя (предприятия, выполняющего их функции), исполнителя противоправными относительно неограниченного круга потребителей и прекращения этих действия.

Между тем уже в этой сфере все отчетливее видны различия между правопорядками, несмотря на наличие многих схожих элементов.

По этой причине целесообразно обратиться к одной из наиболее явных особенностей каждого из рассмотренных правопорядков — системе принудительного исполнения.

8. Разные подходы к организации принудительного исполнения судебных актов

Система принудительного исполнения является важной частью правосудия, позволяющей реализовать результаты деятельности всей судебной системы. Сравнение моделей построения и функционирования систем гражданской юрисдикции, включая исполнительное производство, в разных государствах мира крайне важно. В настоящее время сравнительно-правовые исследования значимы не только и не столько по причинам их научного характера. К тому есть немало причин прагматического характера, во многом коренящихся в экономике и необходимости эффективного правового регулирования и стимулирования развития экономической жизни.

Доказывать же необходимость и важность реального исполнения судебного решения вряд ли следует. Без надлежащего и своевременного исполнения судебного решения невозможно говорить о состоятельности судебной власти и полноценном осуществлении ее полномочий в правовой системе. При этом эффективная система принудительного исполнения важна не только для повышения авторитета судебной власти. Главный результат ее деятельности — экономический, поскольку сильная система принудительного исполнения только своим существованием способна превентивно воздействовать на поведение участников гражданского оборота и регулировать экономические процессы в обществе, делать правомерное поведение более выгодным.

Для определения тенденций развития мировых систем принудительного исполнения важно определиться с их классификацией, которая возможна по ряду критериев. Например, профессор А. Узелач выделил следующие системы исполнения: судебная система исполнения, органы исполнения как часть исполнительный власти и частная система исполнения¹.

Профессор Б. Хесс классифицировал системы принудительного исполнения по числу органов, осуществляющих данные функции, на централизованные и децентрализованные, а органы исполнения подразделил на системы, ориентиро-

¹ А. Uzelac, *The role played by bailiffs in the proper and efficient functioning of the judicial system — an overview with special consideration of the issues faced by countries in transition* // *The role, organization, status and training of bailiffs: Multilateral seminar*, Varna, 2002, p. 8.

ванные на исполнение через судебного исполнителя, судебно-ориентированные системы, смешанные системы и административные системы¹.

По нашему мнению, в зависимости от характера связи с судом системы принудительного исполнения подразделяются на входящие в систему исполнительной или судебной власти, а по степени влияния частноправового элемента — на государственные, смешанные и небюджетные (частные)².

Принципиально важными для понимания сущности статуса профессии судебного пристава являются два положения. Во-первых, включение службы принудительного исполнения в состав судебной или исполнительной власти и, во-вторых, степень небюджетной организации профессии, допускаемой в той или иной форме в ее организацию. Включение профессии судебного пристава в сферу судебной власти отражает исторически существующую связь судебной деятельности с ее конечным результатом — судебным решением. Деятельность службы в рамках органов исполнительной власти подчеркивает ее самостоятельный характер и более опосредованную связь с органами судебной власти.

Например, в Казахстане государственные судебные исполнители являются сотрудниками Комитета по судебному администрированию при Верховном суде Республики Казахстан. Своеобразием характеризуется система принудительного исполнения в Республике Беларусь, где существуют две параллельные системы принудительного исполнения — при Верховном суде Республики Беларусь, подчиняющаяся Министерству юстиции Республики Беларусь, и при Высшем хозяйственном суде Республики Беларусь³.

В советский период исполнительное производство рассматривалось как часть гражданского процесса. На стадию исполнения распространялись в значительной мере гарантии, которые установлены для сторон процесса. После реформ начала 90-х гг. XX в. многие специалисты разделяют идею о существовании отдельного автономного исполнительного или гражданского исполнительного права, которое имеет самостоятельное место в системе права. Гражданское исполнительное право охватывает сферу деятельности органов принудительного исполнения, правила исполнительного производства, в определенной степени вопросы международного исполнительного производства. На основе этой же концепции построена система органов принудительного исполнения, а также законодательство, ее регулирующее⁴.

¹ B. Hess, *Comparative analysis of the national reports* // *Enforcement Agency. Practice in Europe*, London, 2005, p. 31–36; Хесс Б. Системы принудительного исполнения // Исполнительное производство: традиции и реформы: Пер. с англ. / Под ред. Р. Ван Рее, А. Узелача, В.О. Аболонина, В.В. Яркова. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 57–62.

² См. подробнее: Ярков В.В., Устьянцев С.Е. Концепция развития системы исполнительного законодательства и службы судебных приставов Российской Федерации (краткие тезисы) // Арбитражный и гражданский процесс. 2001. № 8. С. 29–40; Ярков В.В. Концепция развития системы исполнительного законодательства и Службы судебных приставов Российской Федерации (основные тезисы) // Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы Междунар. науч.-практич. конференции. Ч. 1. Сочи, 2002. С. 118–144; Он же. Небюджетная (частная) организация принудительного исполнения: «за» и «против» // Вестник ВАС РФ. 2007. № 9. С. 24–43; V. Yarkov, *Principaux modes d'exécution forcée: le problème de choix dans les pays de l'ex-URSS* // *Droit et procédure. La revue des huissiers de justice*, 2007, N 5, p. 13–15.

³ Ярков В.В. Исполнительное производство в государствах — членах Международного союза судебных исполнителей (отдельные тенденции) // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 7. С. 25–29; № 8. С. 32–37.

⁴ Там же.

Показательны проблемы Республики Кыргызстан в этой сфере. Система органов принудительного исполнения Кыргызской Республики состоит из судебных исполнителей, находящихся на государственной службе, которые объединены в подразделения в зависимости от районного деления страны. Районные подразделения объединены в областные управления. Централизованное управление областными структурами судебных исполнителей осуществляется Судебным департаментом при Верховном суде Кыргызской Республики. Директор Судебного департамента является одновременно Главным судебным исполнителем Кыргызской Республики. При этом в настоящее время невозможно определить перспективы развития исполнительного производства¹.

Дважды в течение существования ныне действующего закона в Кыргызстане делались попытки принять новый закон об исполнительном производстве, но по разным причинам этого не происходило. Можно констатировать, что закон в нынешней его редакции морально устарел и не отвечает запросам времени и общества, так как действует по существу в угоду недобросовестным должникам. Так, практически не действует институт поиска имущества должника, не предусмотрены конкретные и эффективные меры ответственности должника и судебного исполнителя за ненадлежащее исполнение, замедленное исполнительное производство; слабая материально-техническая база судебных исполнителей также не способствует улучшению их работы. Низкий авторитет службы судебных исполнителей можно объяснить в том числе и отсутствием правовой и материальной базы для их самостоятельной работы, без оглядки на другие органы (МВД, суд и др.) в ходе осуществления исполнительного производства².

Похожие проблемы исполнительного производства отмечаются в национальном докладе о состоянии гражданского процесса в Украине: система принудительного исполнения далека от эффективности. Это связано с рядом объективных и субъективных факторов. К ним можно отнести чрезмерную нагрузку, которая ложится на государственных исполнителей, недостаточное финансирование государственной исполнительной службы, отсутствие эффективных механизмов ответственности государственных исполнителей за неисполнение решения или допущенную волокиту и реальная невозможность исполнения судебных решений³.

Казахстан стал первым государством СНГ, предпринявшим практические шаги по изменению организационной основы системы исполнительного производства⁴. Исходными стали идеи Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева о необходимости внимательного изучения зарубежного опыта работы систем принудительного исполнения на частноправовой основе и целесообразности их восприятия в Казахстане, которые он высказал в докладе на IV съезде судей Казахстана в июне 2005 г. В мае 2006 г. было образовано республиканское общественное объединение

¹ Национальный доклад А.Р. Салиева.

² Там же.

³ Национальный доклад В.В. Комарова.

⁴ См. подробнее: *Ярков В.В.* Республика Казахстан на пути к небюджетной (частной) системе принудительного исполнения // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 138–151; *V. Yarkov, Development of Ideas of Private Enforcement Proceedings in Countries of the Former USSR (Examples: Kazakhstan and Russia)*, p. 377–400; *L'évolution des idées de l'exécution libérale dans les pays d'ex-URSS*, p. 401–404 // *Liber Amicorum Jacques Isnard* / Roger Dujardin, ed., Paris, Éditions juridiques et techniques, 2009.

«Союз судебных исполнителей». В июне 2007 г. были проведены Первый республиканский съезд судебных исполнителей Казахстана, который высказался за разработку закона о частных судебных исполнителях, и Международная конференция по исполнительному производству. В ноябре 2007 г. Председатель Верховного суда Республики Казахстан К.А. Мами подписал в Париже соглашение о присоединении Казахстана в качестве ассоциированного члена к Международному союзу судебных исполнителей.

С целью внедрения института частных судебных исполнителей в июле 2007 г. при Верховном суде Казахстана была образована рабочая группа по разработке проекта новой редакции Закона Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей». Группа была и по составу, и по идеям международной, поскольку собрала специалистов из Казахстана, Международного союза судебных исполнителей (особенно Франции и Латвии) и России. В дальнейшем, в конце 2007–2008 гг., законопроект дорабатывался специалистами Комитета по судебному администрированию при Верховном суде Казахстана и получил окончательное оформление в виде новой редакции Закона «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» Республики Казахстан¹.

Работая над проектом закона Республики Казахстан о частном судебном исполнении, рабочая группа старалась решить ключевые вопросы, отражающие суть современного исполнительного производства. С учетом особенностей правовой системы Республики Казахстан использовалась универсальная модель небюджетного (частного) исполнения, которая успешно функционирует во многих государствах мира. Использовался российский опыт, в частности новая редакция Федерального закона «Об исполнительном производстве» и проект Исполнительного кодекса России. Такое сочетание международного опыта и учет специфики стран СНГ привели, по нашему мнению, к положительному результату².

Таким образом, к постсоветским странам, в которых существует небюджетное (частное) судебное исполнение, в настоящий момент относятся Литва и Латвия (с 2003 г.), Эстония (с 2001 г.) и Казахстан (с 2011 г.)³. В остальных рассматриваемых странах система исполнения остается государственной.

Важно подчеркнуть, что текущее состояние изначально общих и похожих проблем исполнительного производства кардинально различается между странами региона, а имеющиеся сложности решаются в разных странах региона разными способами.

10. Внедрение информационных технологий

Одним из ключевых направлений развития гражданского процесса в мире является внедрение информационных технологий. Показательно, что Международная ассоциация процессуального права уделяла особое внимание этой проблеме, и по этой причине она обсуждалась среди прочих уже на XI Всемирной конференции,

¹ Ярков В.В. Республика Казахстан на пути к небюджетной (частной) системе принудительного исполнения // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 138–151.

² Там же.

³ В Словении небюджетное исполнение введено в 1998 г.

проходившей с 23 по 28 августа 1999 г. в Вене в рамках темы «Процессуальное право на пороге нового тысячелетия».

На XIII Всемирной конференции (Сан-Сальвадор, 2007 г.) были представлены национальные доклады и по странам общего права, и по странам континентального права, на основе которых были созданы синтетические доклады, обобщенные профессором Ангелой Соса в виде сводного доклада о новых информационных технологиях в гражданском судопроизводстве.

Все это подчеркивает большую значимость внедрения информационных технологий в гражданское судопроизводство во всем мире¹.

Нужно отметить, что использование новых технологий может проявляться в разных сферах, а именно:

а) подачи документов в суд и оповещения участников процесса судом. Например, можно ли это делать в электронном виде, обязательно ли это к применению или нет, является ли это основным или дополнительным средством коммуникации;

б) обмена информацией и документами между сторонами в судебном разбирательстве: могут ли стороны доставлять документы, такие как судебные повестки, другой стороне в электронном виде и распространяется ли это на первоначальное оповещение о возбуждении судебного разбирательства; могут ли стороны представлять документы в электронном виде для процедуры раскрытия доказательств (*discovery*) и подразумевает ли это использование более удобных для исследования носителей, таких как *CDRom*, и т.д.;

в) ведения производства по делу и представления позиции по делу. Может ли, в частности, судебный процесс проводиться по телефону или с помощью средств видеоконференцсвязи; могут ли адвокаты сторон использовать компьютерные симуляции для представления доказательств и презентации в программе *Power Point* для аргументирования своей позиции; заменены ли секретари судебных заседаний и (или) письменные протоколы официальными аудиозаписями, и т.д.;

г) администрирования судов. Речь идет прежде всего о «компьютеризации» судов и системы ведения дела, существовании сводной базы данных, ее использовании в системе управления делами, и т.д.;

д) доступности судебных актов посредством создания и ведения базы данных судебных актов;

е) получения сведений о деятельности суда через официальный сайт.

Нужно признать, что в настоящий момент уровень развития информационных технологий в странах Евразии сильно разнится.

Например, в России с 2010 г. предусмотрено использование и применение целого ряда информационных технологий в арбитражном процессе. Так, на сегодняшний день реализована возможность подачи всех процессуальных документов по арбитражным делам в электронной форме через сеть «Интернет», предусмотрена возможность участия в заседании посредством видеоконференцсвязи, предусмотрено ведение аудиозаписи каждого судебного заседания.

У каждого суда общей юрисдикции Российской Федерации (разумеется, как и у каждого арбитражного суда) есть официальный сайт в сети «Интернет». На нем

¹ См. подробнее: Брановицкий К.Л. Информационные технологии в гражданском процессе Германии (сравнительно-правовой анализ). М.: Волтерс Клувер, 2010; Закон. 2011. № 2, спецвыпуск.

как минимум можно получить полную информацию о деятельности суда, а также информацию о рассматриваемых делах и результатах их рассмотрения.

Влияние информационных технологий на судопроизводство в Украине осуществляется в форме организации внутреннего и внешнего электронного документооборота — создания единого реестра судебных решений; использования доказательств в электронной форме; обязательной фиксации техническими средствами хода судебного заседания¹.

В Кыргызстане Гражданский процессуальный кодекс предусматривает возможность направления судебных извещений по электронной почте. Данная норма, однако, никак не сказывается на практике, так как механизм реализации процедуры оповещения участников процесса не прописан. Подача официальных процессуальных документов не предусмотрена. У судов нет официальных *web*-страниц, электронной почты², и такая ситуация является наиболее характерной для целого ряда постсоветских стран.

В Словении с 2008 г. предусмотрена возможность проведения заседаний с использованием видеоконференцсвязи, а на законодательном уровне предусмотрена возможность подачи документов в суд в электронной форме от адвокатов, однако в связи с отсутствием подзаконных актов данная возможность на практике пока не реализуется³.

Представляется, что развитие информационных технологий в каждой стране региона неизбежно будет осуществляться по общему пути, однако, что совершенно очевидно, разными темпами. Это связано не столько с разным уровнем материального обеспечения судов в каждой из стран, но и с разным уровнем правосознания и готовности потребителей соответствующих «услуг» их активно использовать. Не последнюю роль играют и собственно национальные факторы; например, очевидно, что актуальность развития средств видеоконференцсвязи не в последнюю очередь обусловлена размером территории государства.

11. Альтернативные методы разрешения споров

Необходимость развития альтернативных методов разрешения споров часто связана не только с недостатком инвестиций в систему правосудия, но и с тем, что альтернативным методам, прежде всего третейскому разбирательству, примирению, посредничеству, присущ целый ряд положительных черт.

В частности, меньшая процедурная сложность, нацеленность на разрешение конфликта и достижение примирения, привлечение в качестве посредников и арбитров не только профессиональных юристов, но и других лиц — специалистов в определенной сфере юридической деятельности. Развитие третейского разбирательства во многих странах Евразии скрывает отсутствие традиций, а также ряд других факторов, которые скорее всего должны преодолеваться по мере развития гражданского оборота.

Мы полагаем, что следует отдельно остановиться на посредничестве (медиации), так как тенденции развития законодательства о третейском судопроизводстве являются общими для всех стран и реализуются в известной степени схожим образом, так как

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² Национальный доклад А.Р. Салиева.

³ Национальный доклад А. Галича.

часто имеют общую правовую основу и иногда даже основываются на оправданных заимствованиях из других правовых систем.

Как справедливо указывается в национальном докладе В.В. Комарова, регулятивная база посредничества может существовать в разных формах:

- общее законодательство о посредничестве (например, Закон Македонии «О посредничестве», Закон Боснии «О посредничестве»);
- законодательство о судеустройстве и процессуальные законы (например, ст. 309 Гражданско-процессуального акта Словении);
- судебное прецедентное право;
- профессиональные кодексы (Профессиональный кодекс юристов *BORA*);
- решения или программы судов (Программа посредничества с целью сокращения количества нерассмотренных дел районного суда Любляны, Словения);
- правила посредничества частных учреждений (Правила третейского рассмотрения (арбитража) и медиации, утвержденные Американской арбитражной ассоциацией);
- типовые законы (Типовой закон «О международной коммерческой согласительной процедуре», принятый комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 2002 г.);
- стратегические документы («Зеленая книга» об альтернативном урегулировании споров в гражданском и коммерческом праве Комиссии Европейских сообществ 2002 г.);
- рекомендации международных организаций (Рекомендация *Rec (98)1E* Комитета министров государствам — членам Совета Европы о медиации по семейным делам от 21 января 1998 г., Рекомендация *Rec (2001)9* Комитета министров государствам — членам Совета Европы об альтернативном судебном рассмотрении споров между административными органами и сторонами — частными лицами (административные дела) от 5 сентября 2001 г.)¹.

Так, в России теме примирительных процедур посвящено значительное число научных исследований², принят специальный Федеральный закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Большую роль здесь играет правило ч. 5 ст. 4 АПК, согласно которому если для определенной категории споров федеральным законом установлен претензионный или иной досудебный порядок урегулирования споров либо он

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² См., например: *Носырева Е.И.* Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США. Воронеж, 1999; *Она же.* Альтернативное разрешение споров в США. М.: Городец, 2005; *Брунцева Е.В.* Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001; Медиация в нотариальной практике: Альтернативные способы разрешения конфликтов: Практич. пособие / Отв. ред. К.Г. фон Шлиффен, Б. Вегманн. М.: Волтерс Клувер, 2005; Техника ведения переговоров нотариусами: Практич. пособие / Отв. ред. Р. Вальц. М.: Волтерс Клувер, 2005; *Кузбагаров А.Н.* Примирение сторон по конфликтам частногоправового характера: Автореф. дис. ... д.ю.н. СПб., 2006; *Медникова М.Е.* Досудебное урегулирование споров в сфере экономической деятельности (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2007; *Колясникова Ю.С.* Примирительные процедуры в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2009; *Загайнова С.К.* Медиация в России: быть или не быть? // Российское право. 2009. № 1; *Она же.* Перспективы развития медиации в России // Эволюция российского права: Материалы VII Всероссийской научной конференции (Екатеринбург, 17–18 апреля 2009 г.). Екатеринбург: УрГЮА, 2009; *Загайнова С.К., Шереметова Г.С., Ярков В.В.* Экспертная группа «Современные направления развития системы гражданской юрисдикции» // Российский юридический журнал. 2010. № 5; *Калашиникова С.И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2011.

предусмотрен договором, спор передается на разрешение арбитражного суда после соблюдения такого порядка.

В Украине институт медиации не получил нормативно-правового закрепления, хотя существуют случаи ее применения на практике в виде пилотных проектов судебной медиации. В частности, в рамках совместной программы Совета Европы и Европейского Союза «Прозрачность и эффективность судебной системы Украины» с 2007 г. начат пилотный проект по внедрению судебной медиации как альтернативного судебному методу урегулирования споров¹.

Очень большое внимание развитию альтернативных способов разрешения споров уделяется в последнее время в Словении. Во-первых, в некоторых словенских судах были реализованы пилотные проекты судебной медиации (опирающиеся на пример США, Англии и Нидерландов). Во-вторых, ГПК Словении был изменен таким образом, чтобы сделать практически обязательной стадию предварительного урегулирования спора до проведения основного слушания дела. Суд может приостановить разбирательство на срок до трех месяцев, если стороны договорятся о применении примирительных процедур².

В-третьих, в 2008 г. был принят Закон о медиации в гражданских и коммерческих делах, а в 2010 г. был принят также Закон, посвященный альтернативным способам разрешения споров, назначаемых судом. Этот Закон имеет огромное значение, поскольку требует от каждого словенского суда первой инстанции предлагать сторонам по крайней мере одну из форм альтернативного разрешения спора. Если же сторона отказывается участвовать в них без достаточных оснований, это может отрицательно сказаться на ней при распределении судебных расходов³.

Процедуре посредничества в суде посвящена гл. 17 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь, в котором содержатся положения о порядке назначения посредника и его полномочиях, ходе и результатах урегулирования спора в порядке посредничества.

Однако медиация применяется далеко не во всех странах; в этом случае применяются иные способы альтернативного разрешения споров, традиционные. Например, в Кыргызстане с 2002 г. действуют Закон «О судах аксакалов» и Закон «О третейских судах в Кыргызской Республике».

Необходимо отметить, что юрисдикционные системы многих еврозиатских стран пока в целом не направлены на предупреждение и погашение конфликта, а рассчитаны в основном на рассмотрение споров. К примеру, в большинстве государств системы гражданского права основное внимание уделяется предупреждению появления конфликтов, главным образом посредством развития института нотариата, создания стимулов обращения к нотариусу как должностному лицу, обеспечивающему предупреждение конфликтов еще на стадии формирования условий и самого содержания договора.

Следует также учитывать, что в ряде государств стремление к урегулированию споров основано на крайне длительных сроках рассмотрения споров; существенной дороговизне юридической помощи, сочетаемой с адвокатской монополией на пред-

¹ Национальный доклад В.В. Комарова.

² Национальный доклад А. Галича.

³ Там же.

ставительство в суде; стабильности и относительной предсказуемости разрешения споров, основанной на стабильности законодательства и судебной практики.

Во многих постсоветских странах правовая помощь не так дорога, а во многих случаях стороны сами представляют себя в процессах. Законодательство не стабильно, а судебная практика не стала предсказуемой ввиду отсутствия развитой системы прецедентного решения однотипных споров. В таких условиях у стороны всегда есть соблазн попытаться выиграть дело, повернув в свою пользу ситуацию через отработанную систему юридических уловок.

Таким образом, как и в случае с внедрением информационных технологий, различные способы альтернативного разрешения споров применяются практически во всех странах, но в разных формах. Несомненно, что заимствование опыта других правовых систем благотворно будет сказываться на единообразном и эффективном развитии медиации, посредничества и третейских судов.

12. Основа гармонизации

В современном мире имеет место не только конкуренция товаров, услуг, но и конкуренция разных правовых систем. Они (правовые системы) не только, как справедливо отмечается в доктрине, сближаются и взаимно обогащают друг друга¹, но и конкурируют в тех случаях, когда государства создают лучшие правовые условия для ведения бизнеса, защиты прав инвесторов, юрисдикционные условия для разрешения споров и исполнения судебных решений и в конечном счете привлекают к себе капиталы и людей².

Поэтому все юрисдикционные системы стран Евразии, в отличие от закрытой советской системы, действуют в условиях конкуренции с правовыми системами других стран, что приводит к постепенному выравниванию и сближению правил и процедур. Следует подчеркнуть, что это является частью общемировой тенденции гармонизации процессуального законодательства в самых разных странах.

В рамках процессуального права действует довольно много относительно автономных институтов, его составляющих, например подведомственность и подсудность, доказательства, пересмотры судебных актов, взаимное признание и исполнение, альтернативные формы разрешения споров. И именно в пределах каждого из них возможны унификация и гармонизация, которые происходят, однако, с различной скоростью и степенью охвата.

Хотя национальное законодательство является в определенной степени самобытным и содержит индивидуальные способы регулирования, в целом основа организации гражданского процесса у всех евразийских государств схожа.

Для этого имеются как минимум следующие причины:

1. Изначально общие модели гражданского процесса, лежащие в основе всех порядков. Как было показано выше, все страны постсоветского пространства в той или иной степени подвержены влиянию германской правовой традиции гражданского судопроизводства, а также традиции так называемого социалистического права.

¹ На данное обстоятельство обратили внимание в российской доктрине ряд специалистов. См., например: Решетникова И.В. Доказательственное право США и Англии. Екатеринбург, 1997; Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М.: Городец, 2008. См. также ранее упоминавшуюся: Marsel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Kluwer, 1994.

² См. подробнее: Ярков В.В. Защита прав инвесторов в условиях конкуренции правовых систем (отдельные вопросы) // Судебная защита прав инвесторов: Сб. науч. трудов. СПб., 2010. С. 39–59.

2. Преемственность определенных институтов советского права. Несмотря на то что влияние законодательства бывшего СССР на законодательства всех рассмотренных стран проявляется по-разному, оно, несомненно, наложило значительный отпечаток на ряд процессуальных институтов и их развитие.

3. Схожие направления поэтапных реформ процессуального законодательства во всех странах, так как реформирование осуществляется, в том числе, на основе заимствования опыта соседних стран, а также стремления к восприятию общемировых тенденций развития гражданского процесса.

Все это приводит к тому, что сейчас у евразийских государств есть все основания для общей гармонизации процессуальных норм. Выше были представлены некоторые примеры этого.

Однако на пути к гармонизации права в регионе, на наш взгляд, имеются и определенные препятствия. К ним, как представляется, можно отнести следующее: во-первых, разные темпы проведения реформ привели к существенному разбросу в текущем состоянии многих процессуальных институтов; во-вторых, различия в геополитическом положении и в степени вовлеченности в международный экономический оборот сказываются и на праве в целом, и на гражданском процессе в частности. Это предопределяет разные задачи и разные способы их решения.

Тем не менее все изложенное выше позволяет вполне уверенно утверждать, что, несмотря на разные темпы и направления развития процессуального права в странах Евразии, прежде всего в странах постсоветского пространства, в национальных правовых порядках сохраняется много общего. Гармонизация национального законодательства определяет предпосылки для относительно согласованного развития гражданского судопроизводства в странах Евразии.

Представляется, что значительную роль в дальнейшей гармонизации норм процессуального права будет играть не только наличие общей процессуальной модели и правовых традиций в рассмотренных странах, но и факторы экономического характера. Именно последние предопределяют конкуренцию правовых систем в регионе, что и приводит к рациональному и зачастую согласованному развитию права.

Азамат Салиев¹

КИРГИЗСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

Ответы на вопросы, поставленные основным докладчиком

1. Модель гражданского процесса

1.1. На Ваш взгляд, какая модель гражданского процесса более характерна для Вашей страны: общего или континентального права?

Ответ: Континентального права.

1.2. Можете ли Вы отметить страны, которые оказали наибольшее влияние на концепцию процесса в Вашей стране (ФРГ, Австрия, Франция, Англия, США, другие)?

¹ Доцент Кыргызско-Российского Славянского университета (Киргизия).

Ответ: Начиная с середины последнего десятилетия XX в. при реформировании гражданского процессуального законодательства специалисты ориентировались на законодательство ФРГ, на опыт восточноевропейских стран, законодательство Франции и США, конечно же в силу исторических факторов обращали большое внимание на реформы процессуального законодательства Российской Федерации, которая оказала наибольшее влияние на законодательство Кыргызстана. Опыт других стран СНГ также был полезен.

2. Источники гражданского процессуального права

2.1. Какие акты являются источниками гражданского процессуального права в Вашей стране?

Ответ: В Кыргызстане источниками гражданского процессуального права являются нормативные акты (законы и подзаконные акты, а также ратифицированные международные договоры).

2.2. Существуют ли в Вашей стране кодификации процессуального права?

Ответ: В Кыргызстане действует Гражданский процессуальный кодекс, принятый в 1999 г.

2.3. В каких специальных законах содержатся большие массивы процессуальных норм?

Ответ: Конституция Кыргызской Республики определяет систему судов и судопроизводства в Кыргызской Республике. В ней не содержатся нормы, которые можно было бы назвать непосредственно процессуальными, но Конституция содержит отдельные базовые принципы, на которых строится система гражданского судопроизводства, это принципы осуществления правосудия только судом, равенства всех перед законом и судом, состязательности в гражданском процессе и т.д.

Законом Кыргызской Республики «О государственной пошлине» регулируется порядок взимания, зачисления, возврата излишне уплаченной государственной пошлины и другие вопросы, касающиеся института государственной пошлины в гражданском процессе. При этом часть норм, устанавливающих государственные пошлины, содержится в Гражданском процессуальном кодексе.

Закон Кыргызской Республики «Об исполнительном производстве и о статусе судебных исполнителей в Кыргызской Республике» регулирует порядок взаимодействия участников исполнительного производства с судебными органами.

Гражданский кодекс Кыргызской Республики содержит нормы материального права, которые переплетаются с нормами Гражданского процессуального кодекса, в частности с нормой, определяющей категорию «место жительства физического лица, место нахождения юридического лица, признание граждан недееспособными, ограничение граждан в дееспособности, понятие срока исковой давности и т.д.».

Два закона регулируют порядок консервации и ликвидации юридических лиц, в том числе в судебном порядке. Так, в Законе Кыргызской Республики «О консервации, ликвидации и банкротстве банков» содержатся нормы процессуального характера в отношении финансово-кредитных учреждений. В Законе «О банкротстве (несостоятельности)» содержатся как материальные, так и процессуальные нормы, устанавливающие основания признания (объявления) должника (юридического

лица, любых организационно-правовых форм и индивидуальных предпринимателей) банкротом (несостоятельным), регулирующие порядок и условия мер по предупреждению несостоятельности (банкротства), порядок и условия проведения процедур банкротства и иные отношения, возникающие при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей.

Трудовой кодекс Кыргызской Республики также содержит процессуальные нормы, касающиеся, например, вопросов подведомственности трудовых споров.

В Законе Кыргызской Республики «О прокуратуре» содержатся основания участия прокурора в гражданском процессе, в основном эти нормы дублируют положения статей ГПК КР.

Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» определяет порядок образования внесудебных органов (третейские суды), а также регулирует их деятельность по разрешению споров, в том числе по разграничению компетенции между ними и государственными судами.

2.4. Какую роль играет правоприменительная практика?

Ответ: Система гражданского судопроизводства Кыргызстана относится к континентальной системе, однако следует учитывать, что большое влияние на становление процессуального законодательства оказали законодательство и сложившаяся правоприменительная деятельность Советского Союза. Так, в Советском Союзе значительную роль в правоприменительной деятельности играли постановления Пленумов Верховного Суда СССР и союзных республик. Эта традиция находит свое отражение и сегодня. Так, Конституция (п. 2 ст. 96) закрепила положение, согласно которому Пленум Верховного суда дает разъяснения по вопросам судебной практики. Отсутствие в законе фразы «обязательные для нижестоящих судов» или близкой к смыслу данной фразы оговорки, не говорит о том, что толкование норм на основе обобщения судебной практики не является ориентиром для судов нижестоящих инстанций и самого Верховного суда. Поэтому в Кыргызстане сохранилась традиция, по которой вышестоящий по иерархической лестнице суд определяет направление развития правоприменительной деятельности. Это проявляется в судебной интерпретации наиболее сложных и часто применяющихся в правоотношениях норм права, неоднозначно трактуемых в юридической среде.

2.5. Влияют ли обычаи на гражданское процессуальное право?

Ответ: Ярким примером влияния на гражданское процессуальное право Кыргызской Республики явилось принятие в 2002 г. Закона «О судах аксакалов». Это создаваемые на добровольных началах и на основе выборности и самоуправления общественные органы, в чьи функции входит рассмотрение и по возможности разрешение направляемых местными судами материалов по гражданским делам в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством, а также дел по заявлению самих граждан (с согласия сторон) для разрешения имущественных и семейных споров с целью достижения примирения сторон. Суды аксакалов создаются в населенных пунктах из соотношения 25 тыс. жителей — один суд аксакалов. Решения, принятые судами аксакалов в пределах их компетенции, не подлежат обжалованию в судебном порядке. Как правило, данный орган имеет авторитет в провинциальной части страны.

2.6. Какие международные акты Вашей страны применяются в сфере гражданского процесса? Насколько сильно их влияние на гражданское процессуальное право и на правоприменительную практику?

Ответ: Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса (1954 г.). Гаагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, от 5 октября 1961 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (государства — участники СНГ) от 7 октября 2002 г., Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1966), Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

Данный список неполный, но он содержит наиболее часто применяемые в судебной практике международные акты. Однако частота их применения в повседневной судебной практике не столь велика. Отсюда и их влияние на внутреннюю нормативную базу не столь очевидно. Чаще других применяемым нормативным актом международного характера является конвенция для стран — участников СНГ, это связано с исторически сложившимися тесными отношениями со странами СНГ.

Также следует иметь в виду, что в отличие от многих стран в Кыргызской Республике международные договоры не ставятся в привилегированное положение по отношению к внутреннему законодательству. Так, Конституция указывает, что международные договоры являются частью правовой системы Кыргызской Республики и только международные договоры и другие нормативные акты, касающиеся прав человека, имеют приоритет перед другими нормативными актами. Многие международные договоры зачастую содержат нормы, касающиеся прав человека.

3. Судебная организация и судопроизводство

3.1. Существуют ли в Вашей стране различные судебные органы для рассмотрения гражданских и экономических споров? Существует ли для гражданского или арбитражного/хозяйственного процесса разное процессуальное законодательство?

Ответ: Система судов гражданской и экономической юрисдикции в Кыргызской Республике интегрирована в единую судебную систему. До 2003 г. в Кыргызской Республике действовала судебная система, при которой арбитражные суды (суды, рассматривающие экономические споры) являлись самостоятельным ответвлением судебной власти наряду с Конституционным судом и судами общей юрисдикции.

В настоящее время экономическая категория споров рассматривается по первой инстанции — межрайонными судами. Это суды, образованные для рассмотрения экономических споров и споров, возникающих из административных правоотношений. Межрайонные суды отделены от обычных районных судов, но находятся на одном уровне с ними. В каждой области создано по одному межрайонному суду. Во второй инстанции в рамках областных судов существуют три коллегии, пересматривающие гражданские дела, уголовные дела, и отдельная коллегия, пересматривающая экономические споры и споры, возникающие из административных правоотношений. Такой же принцип разделения сохраняется в Верховном суде Кыргызской Республики. Таким образом, только в рамках первой инстанции суды,

рассматривающие экономические споры, структурно отделены от обычных судов, рассматривающих гражданские и уголовные дела.

Интеграция арбитражных судов и судов гражданской юрисдикции в одну судебную систему привела также к объединению в рамках одного Гражданского процессуального кодекса правил рассмотрения гражданских и экономических дел. Так, в рамках ГПК КР имеется специальный раздел (разд. VI. Особенности гражданского судопроизводства по экономическим делам), посвященный порядку рассмотрения экономических дел. Раздел отражает специфику рассматриваемых споров, так как общие правила ГПК недостаточно полно отражают специфику рассмотрения экономических споров, т.е. правила разд. VI ГПК КР являются основными при рассмотрении экономических споров.

3.2. Существуют ли специальные административные, финансовые и иные суды по вопросам публичного права со своим специальным процессуальным законодательством? Существуют ли в Вашей стране специальные суды для рассмотрения споров, связанных с использованием интеллектуальной собственности?

Ответ: Как было отмечено в ответе на предыдущий вопрос, система судов Кыргызской Республики, рассматривающих экономические и гражданские дела, интегрирована в единую систему судов в рамках местных судов (районные, городские, межрайонные суды – первая инстанция; областные суды, суд города Бишкек – вторая инстанция) и Верховного суда Кыргызской Республики. В функциональные обязанности межрайонных судов входит рассмотрение экономических дел (хозяйственные споры) и административных дел (т.е. споров, возникающих между неравными субъектами правоотношений, например органом местного самоуправления и гражданином, Пенсионным фондом и пенсионером и т.д.). Таким образом, рассмотрение административных дел делится лишь по подсудности между судами в рамках первой инстанции судебной системы Кыргызской Республики.

Иных специализированных судов в Кыргызской Республике не имеется, в том числе судов, рассматривающих споры, связанные с использованием объектов интеллектуальной собственности.

3.3. Каковы основные принципы судопроизводства в гражданском процессуальном праве Вашей страны?

Ответ: Гражданский процесс в Кыргызстане основывается на тех базовых принципах гражданского процесса, что и в подавляющем большинстве стран мира, это такие принципы, как состязательность, диспозитивность, равноправие сторон, гласность, законность. Предлагаемые в настоящее время изменения в Гражданский процессуальный кодекс также основываются на этих принципах и направлены на усиление роли диспозитивности и состязательности в гражданском процессе со все большим снижением контроля суда за распорядительными и доказательственными действиями заинтересованных лиц в процессе.

3.4. Какова роль суда в процессе?

Ответ: Суду в гражданском процессе отведена руководящая роль, она заключается в совокупности организационных мер, обеспечиваемых судом для нормального течения процесса и соблюдения норм процессуального права участниками гражданского процесса. В то же время суд может влиять на ход судебного процесса, помогая сторонам определить предмет доказывания в случае, если стороны ошибочно определяют данный предмет, содействовать сторонам в истребовании и полу-

чении доказательств. Нельзя сказать, что в Кыргызской Республике гражданский процесс в полной мере состязательный, поскольку суду все еще предоставляются значительные полномочия для определения судьбы процесса. Так, например, суд не принимает отказа от иска, признания иска, заключения мирового соглашения, если это противоречит интересам лиц, не участвующих в гражданском процессе, или закону. В то же время у суда нет полномочий для ведения процесса с позиции медиатора. Суд в Кыргызской Республике занимается отправлением правосудия в собственном смысле этого выражения.

3.5. В каких формах проявляется принцип состязательности?

Ответ: Данный принцип наряду с принципом диспозитивности является одним из основных в процессуальном законодательстве и в гражданском процессе Кыргызской Республики. Принцип состязательности проявляется, во-первых, в доказательственной деятельности участников процесса, представлении ими доказательств, высказывании собственных суждений относительно своей позиции, выдвижении контраргументов, опровергающих позицию противоположной стороны; во-вторых, в определении круга подлежащих доказыванию фактов, предмета доказывания; в-третьих, в свободном распоряжении материальными правами в ходе судопроизводства; в-четвертых, процесс построен таким образом, чтобы стороны могли в дискуссии и ведении спора в ходе судебного разбирательства постараться убедить суд в правильности собственной позиции.

4. Доказывание и доказательства

4.1. Кто по праву Вашей страны несет ответственность за представление фактических данных (сторона, несущая бремя доказывания, суд, иные субъекты)?

Ответ: По общему правилу бремя доказывания несут стороны, которые ссылаются на те или иные факты, которые должны быть подтверждены соответствующими доказательствами. Таким образом, стороны несут риск проигрыша процесса в случае не представления доказательств. В то же время суд обязан содействовать в истребовании доказательств у государственных органов и у противоположной стороны, укрывающей у себя доказательство. В отношении стороны, укрывающей у себя доказательство и не представляющей его без уважительных причин суду, действует презумпция, согласно которой данное доказательство существует и оно невыгодно для стороны, укрывающей у себя доказательство.

Свидетели не имеют права отказываться от дачи показаний и предупреждаются об уголовной ответственности, в том числе за дачу ложных показаний. Данное правило не касается свидетелей, частично или полностью освобождаемых по законодательству от дачи свидетельских показаний (ст. 73 ГПК КР). Эксперт предупреждается об уголовной ответственности за дачу ложного заключения. Также административную ответственность несут лица, не участвующие в процессе у которых по обстоятельствам дела имеются доказательства, относящиеся к делу (п. 3 ст. 61 ГПК КР).

4.2. Какие средства доказывания предусматриваются правом Вашей страны?

Ответ: По Гражданскому процессуальному кодексу предусмотрены следующие виды средств доказывания: объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, заключение эксперта, звукозапись и видеозапись.

4.3. Существует ли определенная иерархия средств доказывания?

Ответ: Законодательством не предусматривается иерархия или ранжирование доказательств по степени их значимости, наоборот, ст. 71 ГПК КР оговаривает, что никакое доказательство не имеет для суда заранее установленной силы. При этом можно отметить, что иногда законодатель идет по пути, когда определенный факт может быть установлен только определенным видом доказательств, например, право собственности или иное вещное право на объект недвижимости по гражданскому законодательству определяется записью, внесенной в Государственный регистрационный орган.

Также можно отметить, что суды на практике чаще и в большей мере доверяют письменным доказательствам, чем свидетельским показаниям. В этом смысле объяснения сторон и третьих лиц зачастую используются в качестве информации, раскрывающей суть возникшего спора, нежели как средство доказывания при разрешении спорной ситуации.

4.4. Свободны ли суды при оценке ими доказательств?

Ответ: В принципе суды не обременены дополнительной обязанностью при оценке доказательств, кроме внутреннего убеждения, требования соблюдения закона и необходимости правильного установления фактических обстоятельств по делу.

5. Ускорение судопроизводства

5.1. Существуют ли в Вашей стране способы ускорения судебных процедур (судебный приказ, упрощенное производство и т.д.)?

Ответ: По законодательству Кыргызской Республики предусмотрен отдельный вид гражданского судопроизводства – приказное производство. Данное производство направлено на скорое вынесение судебного акта по бесспорным категориям дел в упрощенном порядке.

5.2. Являются ли они эффективными на практике?

Ответ: К сожалению, об эффективности приказного производства нельзя сказать что-то конкретное, так как не имею статистических данных по этому виду производства.

Могу высказать свое субъективное мнение: данный вид судопроизводства следует усовершенствовать. На практике складывается ситуация, когда суды отменяют судебный приказ по формальным соображениям. Если в ст. 254 ГПК КР предусматривается «отмена судебного приказа в связи с поступлением мотивированного возражения против заявленного требования», то суды зачастую отменяют судебный приказ при поступлении «возражения», тем самым упрощая смысл закона в повседневном толковании.

6. Система пересмотра судебных актов

6.1. В чем заключается система пересмотра судебных актов в Вашей стране, из каких инстанций она состоит?

Ответ: Система пересмотра судебных актов в Кыргызской Республике состоит из двух инстанций. После рассмотрения дела по первой инстанции у лиц имеется 30-дневный срок для обжалования судебного акта в порядке апелляции (областные

суды и суд города Бишкек). Апелляционная инстанция характеризуется по своим основным признакам как полная апелляция.

В случае пропуска 30-дневного срока у заинтересованных лиц остается возможность для обжалования актов в порядке кассации в том же суде, который рассматривает дело в порядке апелляции. Срок для кассационного обжалования равен шести месяцам с момента вступления решения в законную силу, т.е. после истечения 30 дней с момента вынесения решения в окончательной форме.

Кассация характеризуется отсутствием возможности установления новых обстоятельств по делу, невозможностью представления новых доказательств и правом суда кассационной инстанции передать дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Следует оговориться, что шестимесячный срок может быть искусственно увеличен недобросовестными лицами. Так, срок для обжалования актов суда в порядке надзора (это третья судебная инстанция и вторая инстанция в системе пересмотра судебных актов) равен одному году с момента вступления акта суда в законную силу. При этом не имеет значения акт суда первой или второй инстанции вступает в законную силу. Поэтому возможен вариант, когда после вступления решения суда первой инстанции в законную силу, но до истечения одного года для обращения в суд надзорной инстанции жалобщик подает надзорную жалобу. В этой ситуации законодатель обязал суд надзорной инстанции направлять дело в кассационную инстанцию, что делает бессмысленным шестимесячный срок для обращения жалобщиков в кассационную инстанцию.

Надзорная инстанция обладает широкими полномочиями при пересмотре судебных актов и может проверять не только правильность применения норм права, но и правильность установления фактических обстоятельств по делу.

Таким образом, надзорная инстанция не может пересматривать акты суда, не ставшие предметом пересмотра судом второй инстанции (апелляции и кассации).

6.2. Каким образом система пересмотра сказывается на сроках судебного разбирательства?

Ответ: Сроки пересмотра судебных актов не такие длительные (в суде второй инстанции судебный акт по ГПК должен быть пересмотрен в срок, не превышающий одного месяца, в суде надзорной инстанции — в двухмесячный срок). Сроки же для обжалования актов суда растянуты и не способствуют эффективной защите прав заинтересованных лиц. Как упоминалось в предыдущем ответе, во второй инстанции действуют два взаимоисключающих друг друга института, разница в обращении к которым зависит от сроков принесения жалобы. Если жалоба принесена в течение 30 дней со дня вынесения решения, то это будет апелляцией, по истечении данного срока, но до истечения шести месяцев — кассацией (этот срок можно растянуть до одного года).

Срок рассмотрения апелляционной и кассационной жалоб (представления) равен одному месяцу. Но данный срок в настоящее время превратился скорее в рекомендацию, нежели в императивное предписание, за которое судей могут подвернуть санкциям.

В надзорной инстанции также не все в порядке со сроками пересмотра судебных актов.

Беглый анализ сроков пересмотра судебных актов показывает, что гражданский процесс с точки зрения оперативности завершения спора между сторонами не такой

эффективный, каким можно было бы его сделать. Поэтому чаще всего процесс, начатый в суде первой инстанции и завершаемый в суде надзорной инстанции, длится в среднем около 1,5–2 лет.

Единственным исключением являются споры, касающиеся проведения выборов в ходе избирательной кампании. Во-первых, у них сокращенные сроки обращения в суд первой инстанции, как и сроки рассмотрения данных споров в первой инстанции; во-вторых, обжаловать акт суда по такого рода делам можно только в надзорной инстанции в течение 10 дней с момента провозглашения решения судом первой инстанции.

6.3. Какие ключевые проблемы Вы могли бы отметить в этой области?

Ответ: Отдельные проблемы уже отмечены в предыдущих ответах по данной тематике. Можно повторить, что главная проблема – это затягивание процесса по несложным категориям споров, при этом длительное рассмотрение спора, на мой взгляд, не сказывается на качестве рассматриваемого вопроса. В настоящее время готовятся изменения и дополнения в ГПК КР, в соответствии с которыми будет упразднена кассационная инстанция в рамках второй инстанции, т.е. во второй инстанции будет только апелляционный порядок пересмотра судебных актов. Данное изменение, возможно, в некоторой степени выправит ситуацию с затягиванием процесса. Но готовится изменение и сроков рассмотрения дела в каждой из трех инстанций. Предполагается, что каждой из инстанций будет предоставлен трехмесячный срок рассмотрения (пересмотра) гражданского дела. В данное время проблема с несоблюдением сроков рассмотрения и пересмотра дел существует в столичном регионе в силу большого скопления людских ресурсов и соответственно большего количества споров, но такой острой проблемы в остальных семи областях Республики нет.

7. Исполнительное производство

7.1. Регулируется ли исполнительное производство в Вашей стране специальными законами?

Ответ: С 2002 г. с последующими изменениями и дополнениями действует Закон Кыргызской Республики «Об исполнительном производстве и о статусе судебных исполнителей в Кыргызской Республике».

7.2. Как организована система принудительного исполнения?

Система принудительного исполнения состоит из нескольких этапов:

1. Возбуждения исполнительного производства. Оно начинается с предъявления исполнительного документа к исполнению взыскателем, либо органом, вынесшим исполнительный документ, и вынесением постановления о возбуждении исполнительного производства.

2. На следующем этапе у судебного исполнителя появляются полномочия по применению совокупности мер, направленных на реальное исполнение исполнительного документа. В случае необходимости существуют меры, обеспечивающие исполнение исполнительного документа: арест имущества, запрет распоряжения, пользования имуществом, изъятие правоустанавливающих документов и т.д.

3. Исполнительные действия, направленные на полное, своевременное и реальное исполнение исполнительных документов. Они начинаются с предложения добровольного исполнения исполнительного документа, должнику предоставляется

срок (не более 10 дней) для добровольного исполнения. В случае неисполнения в указанные сроки судебный исполнитель приступает к принудительному исполнению, которое сопровождается наложением имущественной санкции (исполнительский сбор) на должника, своевременно и добровольно не исполнившего требования. Размер исполнительского сбора — 10% от реально взысканной суммы или стоимости взысканного имущества.

В случае обращения взыскания на имущество должника реализацией имущества занимается либо судебный исполнитель, либо комиссионный магазин (или другая организация), с которым заключается соглашение. Но, как правило, на практике, судебный исполнитель сам реализует имущество должника. Оценка имущества производится по взаимному согласию сторон судебным исполнителем, если с этой оценкой не согласны стороны, назначается экспертиза.

Часть процессуальных действий в ходе исполнительного производства передана суду, в частности действия по приостановлению, прекращению исполнительного производства, восстановлению сроков принудительного исполнения при пропуске этих сроков.

Исполнительное производство по общему правилу должно быть окончено в двухмесячный срок со дня возбуждения исполнительного производства.

Система органов принудительного исполнения Кыргызской Республики состоит из судебных исполнителей, находящихся на государственной службе, которые объединены в районные подразделения. Районные подразделения объединены в областные управления. Централизованное управление областными структурами судебных исполнителей осуществляется Судебным департаментом при Верховном суде Кыргызской Республики. Директор Судебного департамента является одновременно Главным судебным исполнителем Кыргызской Республики.

В Законе «О Верховном суде Кыргызской Республики и местных судах» указано, что судьи (суды) контролируют исполнение вынесенных ими актов (п. 2 ст. 35), однако механизм контроля нигде не прописан, поэтому данная норма остается декларативной, хотя Судебный департамент и находится в организационном подчинении Верховному суду Кыргызской Республики.

7.3. В чем заключаются ключевые особенности статуса судебного исполнителя?

Ответ: Судебный исполнитель является должностным лицом, находящимся на государственной службе. Судебным исполнителем может быть гражданин Кыргызской Республики, достигший 25-летнего возраста, имеющий высшее юридическое образование. Судебные исполнители назначаются на должность и освобождаются от должности директором Судебного департамента. Судебным исполнителям присваиваются классные чины, они подлежат обязательному государственному страхованию за счет бюджета Республики.

Организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судебных исполнителей осуществляется за счет средств республиканского бюджета.

За совершение проступков, невыполнение или ненадлежащее выполнение своих обязанностей судебный исполнитель несет ответственность в порядке, установленном законодательством Кыргызской Республики (дисциплинарная или уголовная ответственность).

Действия судебного исполнителя могут быть обжалованы вышестоящему судебному исполнителю или в суд.

Судебный исполнитель имеет право: выносить постановления; истребовать необходимую информацию, объяснения и справки по вопросам, возникающим при совершении исполнительных действий; осуществлять в организациях контроль за исполнением исполнительных документов и ведением финансовой документации по ним; принудительно вскрывать помещения и хранилища и проводить осмотры; входить в помещения и хранилища, занимаемые или принадлежащие должникам; принимать меры к отысканию имущества; обращаться за помощью к сотрудникам органов внутренних дел (так как органы принудительного исполнения в Кыргызстане не являются структурой, имеющей право применять специальные средства (оружие, средства самообороны и т.п.) либо имеющей в своей структуре специальные подразделения, обеспечивающие надлежащий порядок в ходе исполнительного производства) и т.д.

7.4. Каковы основные тенденции развития исполнительного производства?

Ответ: В настоящее время невозможно определить перспективы развития исполнительного производства. Дважды в течение существования ныне действующего закона делались попытки принять новый закон об исполнительном производстве, но по различным причинам этого не происходило. Можно констатировать, что закон в нынешней его редакции морально устарел и не отвечает современным запросам времени и общества. Можно сказать, что он действует в угоду недобросовестным должникам. Так, практически не действует институт поиска имущества должника, не прописаны конкретные и эффективные меры ответственности должника и судебного исполнителя за ненадлежащее исполнение, замедление исполнительного производства, слабость материально-технической базы судебных исполнителей также накладывает свой отпечаток на их работу.

7.5. Эффективна ли система принудительного исполнения?

Ответ: Часть ответа на данный вопрос можно найти в ответе на предыдущий вопрос.

К большому сожалению, слишком мал авторитет службы судебных исполнителей, в том числе потому, что у них нет правовой и материальной базы для самостоятельной работы, без оглядки на другие органы (МВД, суд и др.) в ходе осуществления исполнительного производства.

Часто в столичном регионе не хватает сотрудников службы судебных исполнителей для надлежащего исполнения актов государственных и иных юрисдикционных органов. Не редки случаи затяжки, а то и волокиты исполнительных производств. Низкая заработная плата судебных исполнителей также накладывает отпечаток на эффективность системы принудительного исполнения, на привлечение новых кадров — у молодых юристов нет желания идти работать судебными исполнителями.

8. Производство по делам с участием иностранцев

8.1. Урегулирована ли в Вашей стране международная компетенция по иным правилам, чем территориальная?

Ответ: По общему правилу суды Кыргызской Республики рассматривают гражданские дела с участием иностранных лиц, если гражданин-ответчик имеет место жительства на территории Кыргызской Республики или юридическое лицо-ответчик находится в Кыргызской Республике. Есть также иные случаи факультативной

и исключительной компетенции по разрешению споров судами Кыргызстана. Однако не все споры с участием иностранных лиц могут быть предметом рассмотрения в Кыргызской Республике. Правила рассмотрения таких споров такие же, как и для национальных субъектов Кыргызской Республики.

8.2. Существуют ли в Вашей стране различия в процессуальном статусе иностранных лиц и национальных и если есть, то в чем они заключаются?

Ответ: Иностранному лицу процессуальным законодательством Кыргызской Республики предоставляется национальный режим гражданско-процессуальной право- и дееспособности.

8.3. Каковы условия участия иностранных лиц в процессе?

Ответ: Иностранному физическому лицу следует представить надлежащим образом заверенный перевод удостоверяющих личность документов. То же касается юридических лиц, они должны представить документы о надлежащей регистрации в своей стране от официальных органов страны, переведенные на язык судопроизводства и заверенные нотариально в Кыргызской Республике. Если участник процесса не владеет языком судопроизводства, то ему предоставляется переводчик, услуги которого оплачиваются данным участником судопроизводства.

8.4. Каким образом осуществляются извещение и обмен процессуальными документами?

Ответ: Суды Кыргызской Республики исполняют переданные им поручения иностранных судов о выполнении отдельных процессуальных действий (вручение извещений и других документов, получение объяснений сторон, показаний свидетелей, заключений экспертов, осмотр на месте и др.). Обмен процессуальными и иными документами, необходимыми в ходе судопроизводства, осуществляется на основании Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г., Минской (1993 г.) и Кишиневской (2002 г.) конвенций о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, а также двусторонних договоров Кыргызской Республики о правовой помощи.

Судебные поручения направляются и принимаются через Судебный департамент при Верховном суде Кыргызской Республики. Судебные поручения, направленные иностранным судом непосредственно в суд Кыргызской Республики, исполнению не подлежат и должны быть возвращены.

8.5. Какие органы уполномочены в Вашей стране на получение и дальнейшую передачу судебных поручений?

Ответ: См. ответ на предыдущий вопрос.

8.6. При каких общих условиях предусматривается признание и исполнение иностранных судебных решений, решений арбитражей?

Ответ: Решения иностранных судов, арбитражей признаются и исполняются в Кыргызской Республике, если это предусмотрено законами или международными договорами Кыргызской Республики, либо на началах взаимности. Решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу (ст. 380 ГПК КР). Признание и приведение в исполнение решения иностранного суда (в широком смысле) разрешаются судом Кыргызской Республики по заявлению стороны спора, рассмотренного иностранным судом. Заявление подается в районный или иной приравненный к нему суд по месту жительства или нахождения должника, если эти места неизвестны, то по месту нахождения имущества должника.

Требования к оформлению заявления о признании решения иностранного суда такие же, как и для обычного искового заявления. Дополнительно указываются и предъявляются те, документы которые предусмотрены ГПК и международными договорами. Заявление рассматривается в течение одного месяца в обычном процессе с обязательным извещением заинтересованных лиц. Их неявка не является препятствием к рассмотрению заявления. При этом суд не имеет права пересматривать решение иностранного суда по существу.

9. Юридические профессии

9.1. Какие Вы могли бы отметить тенденции развития основных юридических профессий в Вашей стране (судьи, адвокаты, судебные приставы и нотариусы). Например, тенденции в отношении порядка назначения, создания саморегулируемых организаций, специализации?

Ответ: На должность судьи в Кыргызской Республике могут претендовать граждане Кыргызской Республики, достигшие 30 лет и имеющие стаж работы по юридической специальности не менее пяти лет. Претенденты сдают экзамен (в форме тестирования) и их зачисляют на учебу в качестве претендентов на должность судей. В случае открытия вакансии судьи, претендент представляется Советом по отбору судей Президенту Кыргызской Республики. Совет по отбору судей состоит из 24 членов, по восемь членов от судейского сообщества, партии или коалиции партий, сформировавших большинство в Парламенте, и партий меньшинства в Парламенте (оппозиции).

На должность судьи Верховного суда Кыргызской Республики могут претендовать граждане Кыргызской Республики, не менее 10 лет проработавшие судьями Кыргызской Республики. Они подают заявления в Совет по отбору судей, который рекомендует их Президенту Кыргызской Республики. Президент может представить их на утверждение в Парламент Кыргызской Республики.

Председатели судов и их заместители избираются коллективами судов на трех-летний срок. Одно и то же лицо не может быть председателем суда более одного срока. Данная процедура новая и пока в Кыргызской Республике ни один председатель суда не избран по указанной схеме.

Судьи проводят съезд, делегатами которого являются все судьи Кыргызской Республики. На съезде избирается орган судейского самоуправления – Совет судей. Основными полномочиями Совета судей являются ежегодный подсчет бюджета судов, представление интересов судей во взаимоотношениях с другими органами, применение дисциплинарных мер в отношении судей вплоть до рекомендации к освобождению их от должности.

Адвокатура. Адвокатская деятельность является лицензируемым видом деятельности. Уполномоченным органом по выдаче лицензии претендентам на занятие адвокатской деятельностью является Министерство юстиции. При Министерстве юстиции создается квалификационная комиссия. К экзаменам допускаются лица, имеющие высшее юридическое образование и стаж юридической работы не менее одного года.

Адвокаты осуществляют свою деятельность как самостоятельно, так и в рамках адвокатских учреждений, являющихся юридическими лицами, основным видом деятельности которых является оказание юридической помощи.

Адвокаты имеют право объединяться в профессиональные общественные организации. Профессиональных объединений адвокатов в республике нет.

Государство гарантирует оказание бесплатной юридической помощи (предоставление адвоката за счет государства) только по уголовным делам.

Наиболее популярные юридические профессии в стране — судья, адвокат, юрист в коммерческой организации.

10. Общественный интерес

10.1. Существует ли в Вашей стране система юридической помощи малоимущим лицам? Если да, то в чем она заключается и каким законом регулируется?

Ответ: На данный момент в Кыргызской Республике нет правовой базы для оказания юридической помощи малоимущим лицам, в то же время существуют общественные организации, оказывающие помощь определенным категориям лиц, в том числе малоимущим. Финансирование таких организаций осуществляется иностранными или национальными правозащитными центрами.

10.2. Каким образом в Вашей стране защищаются общественные интересы (в том числе условия участия прокурора, государственных организаций, частных лиц в процессе защиты чужих интересов)?

Ответ: В Кыргызской Республике наиболее широкие полномочия по защите прав личности и общества предоставлены прокуратуре. Данное полномочие закреплено в Законе «О прокуратуре» и в ГПК КР. Прокурор обязан представлять интересы малоимущих, неграмотных, престарелых и других социально уязвимых лиц, в том числе в судебных органах. Основанием участия является обращение этих граждан в прокуратуру, в отношении недееспособных прокурор может выступать без согласия данного гражданина и его опекуна.

Государственные органы и органы местного самоуправления имеют право обращаться в суд для защиты прав и законных интересов конкретных лиц, в случае если это входит в их ведомственные полномочия. Например, отделы по поддержке семьи и детей имеют право обращаться в суд за защитой прав несовершеннолетних лиц (п. 3 ст. 78 СК КР).

Граждане для защиты прав других лиц имеют право выступать в качестве представителей, т.е. в гражданском процессе нет адвокатской монополии на ведение процесса от имени лиц, субъективные права которых нарушены. Для представления физическим лицом прав и законных интересов другого лица, в том числе юридического, достаточно оформления доверенности, между физическими лицами — нотариально удостоверенной доверенности, если же доверителем выступает юридическое лицо, то доверенности с печатью этой организации, подписанной уполномоченным лицом.

Также без доверенности могут представлять интересы в суде общественные объединения потребителей (их ассоциации, союзы) при защите соответствующих прав.

10.3. Существуют ли способы защиты коллективных интересов (массовые, групповые иски и другие)?

Ответ: Отдельных статей или закона, посвященных защите коллективных интересов (групповые иски), не предусмотрено в законодательстве Кыргызской Республики.

11. Информационные технологии

11.1. В каких формах происходит влияние информационных технологий на судопроизводство в Вашей стране?

Ответ: Гражданский процессуальный кодекс предусматривает возможность направления судебных извещений по электронной почте. При этом данная норма никак не сказывается на практике, так как механизм реализации процедуры оповещения участников процесса не прописан.

11.2. В частности, является ли обязательным ведение аудиозаписи и (или) видеосъемки судебных заседаний?

Ответ: Не является обязательным. Норма, посвященная ведению аудиозаписи диспозитивна, при этом суд не может запретить ведение аудиозаписи открытого гражданского процесса.

11.3. Допускается ли использование видеоконференции?

Ответ: Законодательством не предусмотрено.

11.4. Допускается ли использование доказательств в электронной форме?

Ответ: Гражданский процессуальный кодекс не содержит прямого запрета использования такого рода доказательств, поэтому участники процесса все чаще прибегают к таким доказательствам.

11.5. Возможна ли подача документов в суд в электронной форме?

Ответ: Подача официальных процессуальных документов не предусмотрена. У судов нет официальных web-страниц, электронной почты. Но это не касается доказательств в гражданском процессе (относительно доказательств в электронной форме см. предыдущий ответ).

11.6. Возможно ли извещение участвующих в деле лиц в электронной форме?

Ответ: Ответ содержится в вопросах 11.1. и 11.5.

12. Альтернативные формы разрешения споров

12.1. Каковы основные источники правового регулирования?

Ответ: Закон «О судах аксакалов» 2002 г. и Закон «О третейских судах в Кыргызской Республике» 2002 г.

12.2. Какое значение отводится третейским и арбитражным судам в практике Вашей страны?

Ответ: В последнее время все возрастает число обращающихся в третейские суды лиц, заинтересованных в разрешении спора. По ГПК КР решения, принятые третейским судом, не могут быть пересмотрены государственными судами. На решения третейских судов выдаются исполнительные листы. В связи с большой загруженностью государственных судов передача части споров на договорной основе в третейские суды создает благоприятную среду для распределения рассмотрения споров между различными органами. В настоящее время существует до десяти третейских судов, среди них самым известным является Международный третейский суд при Торгово-промышленной палате КР. Существуют также третейские суды, специализирующиеся на конкретных сферах предпринимательской деятельности.

12.3. Как часто обращаются к третейским судам и арбитражам?

Ответ: Конкретных цифр обращения в третейские суды и соотношение данных цифр по годам я не могу предоставить. Однако то, что количество дел, рассматри-

ваемых в третейских судах, с каждым годом увеличивается по отношению к предыдущим годам, остается фактом. Этому способствует несколько обстоятельств. Во-первых, недоверие государственным судам; во-вторых, длительность процесса рассмотрения дел, зачастую необоснованное объективными обстоятельствами затягивание процесса в государственных судах.

12.4. Допускается ли в Вашей стране использование медиации и других видов примирительных процедур на досудебной/судебной стадии?

Ответ: Примирительных процедур на законодательном уровне в гражданском процессе не предусмотрено.

12.5. Чем регламентируется проведение примирительных процедур?

Ответ: В трудовом законодательстве предусмотрены примирительные процедуры в отношении урегулирования коллективных трудовых споров примирительной комиссией или с участием посредника. При этом ни одна из сторон коллективного трудового спора не вправе уклоняться от участия в примирительной процедуре. Представители же сторон и примирительная комиссия обязаны использовать все возможности для разрешения коллективного трудового спора (ст. 431 ТК КР).

12.6. Какие меры воздействия предусмотрены для использования примирительных процедур (поощрение, льготы и т.д.)?

Ответ: В контексте трудовых правоотношений предусмотрена дисциплинарная или административная ответственность работодателя, его представителя, уклоняющихся от получения требований работников и участия в примирительных процедурах. Представители работодателя и работников, виновные в невыполнении обязательств по соглашению, достигнутому в результате примирительной процедуры, привлекаются к административной ответственности в порядке, предусмотренном законодательством об административных правонарушениях (ст. 443 ТК КР).

12.7. Как часто обращаются к примирительным процедурам?

Ответ: Такой информацией, к сожалению, не располагаю.

13. Планируется ли в настоящее время проведение в Вашей стране реформы гражданского процессуального законодательства? В какой части гражданского процессуального права существует, по Вашему мнению, в Вашей стране первоначальная необходимость проведения реформ?

Ответ: К настоящему времени разработан проект закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики», который дополнит отдельные положения Кодекса, внесет коррективы в нормы ГПК с учетом сложившейся практики и мировых тенденций, направленные на усовершенствование процедуры рассмотрения и разрешения гражданских и экономических дел. По плану мероприятий ожидается, что в период осень — зима 2011—2012 гг. будет окончательно согласован законопроект со всеми заинтересованными сторонами и внесен от имени Правительства КР (исполнитель Министерство юстиции) в парламент страны.

Наиболее жизненно необходимые сферы для реформирования в ГПК на данный период скорее всего в ближайшем будущем будут изменены и дополнены. Но хотелось бы, чтобы совершенствовались не только процедуры, связанные с гражданским процессуальным законодательством, но и сопутствующая нормативная база, процедуры отбора судей, повышения их квалификации, привлечения их к ответственности и т.п. В отношении гражданского процессуального законодательства

«ахиллесовой пятой» остается несовершенство доказательственной деятельности, недостаточная оснащенность судов современными средствами связи, подлежит постепенной перестройке система пересмотра судебных актов и конечно же вызывает большое беспокойство система принудительного исполнения судебных актов в силу отсталости данной системы от современных реалий.

14. По возможности отметьте, пожалуйста, те культурные особенности Вашей страны, которые, на Ваш взгляд, повлияли на гражданское процессуальное право в Вашей стране наибольшим образом, и (или) наиболее яркие и специфические особенности гражданского процессуального права Вашей страны.

Ответ: Нельзя сказать, что национальные особенности как-то повлияли на гражданское процессуальное право, если и повлияли, то это влияние незначительное. Скорее Кыргызстан находится в том же течении, в котором развиваются постсоветские республики и в первую очередь Россия. В силу исторических предпосылок мы до сих пор находимся в одном культурном, языковом и ментальном пространстве, поэтому влияние, которому подвергается правовое пространство СНГ со стороны мировой тенденции развития права, также касается Кыргызстана.

Наиболее существенным моментом в ГПК КР я считаю объединение под сводами одного закона правил, касающихся рассмотрения и разрешения гражданских и экономических дел. Это объединение не безгрешно, но оно более или менее гармонично, хотя и требует дальнейшего усовершенствования.

Позитивным моментом практической стороны процесса является то, что стороны зачастую диктуют ход развития процесса, но это зависит от правовой грамотности его участников. Поэтому в том процессе, где участвуют профессиональные представители сторон, а это стало практически уже правилом, особенно в вышестоящих инстанциях, можно ожидать, что процесс станет по-настоящему состязательным.

15. Насколько правовая система Вашей страны восприимчива к унификации гражданских процессуальных норм? Необходима ли гармонизация процессуального законодательства Вашей страны и законодательства других стран региона, существуют ли какие-либо предпосылки или препятствия к этому в Вашей стране?

Ответ: Все большее влияние в настоящее время на законодательство Кыргызстана оказывают нормы различных стран и даже тех из них, которые не относятся к системе континентального права (романо-германской семье). Поэтому можно говорить, что система гражданского процессуального права Кыргызстана не является закрытой, она все чаще обращается к нормам права Германии, Франции, США, Восточно-Европейских стран, стран СНГ и конечно же России.

Проводимая в настоящее время реформа процессуального законодательства ориентируется на опыт России, довольно заметный отпечаток накладывает процессуальное законодательство ФРГ. Поэтому можно с уверенностью говорить о том, что Кыргызская Республика старается не отставать от процессуального законодательства других стран с развитой гражданско-процессуальной культурой и законодательством.

Гармонизация гражданского процессуального законодательства необходима, уже сейчас чувствуется, что процессуальные законодательства стран СНГ отдаляются друг от друга. Поэтому создание наиболее согласованного процессуального законодательства этих стран облегчило бы жизнь субъектам права в условиях глобализации и расширения сфер деятельности физических и юридических лиц. Сегодня

национальный режим применения законодательства различных стран приводит зачастую к противоречащим друг другу решениям судов, в особенности это касается международных коммерческих договоров, семейных правоотношений, признания и исполнения решений иностранных судов. На данный момент видимых препятствий для гармонизации процессуального законодательства Кыргызстана и законодательств стран региона с учетом передового опыта стран дальнего зарубежья и социально-экономической, культурной специфики Кыргызстана не существует.

Виктор Блажеев¹

РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

К ВОПРОСУ О МЕХАНИЗМЕ ГАРМОНИЗАЦИИ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА И ПРАКТИКИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

С проблемой поиска наиболее сбалансированного сочетания национального права с европейским конвенциональным правом сталкивается каждое государство, присоединившееся к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее — Конвенция).

С одной стороны, положения Конвенции закрепляют общие стандарты отправления правосудия, которые в дальнейшем получают свое творческое развитие в правоприменительной практике Европейского Суда по правам человека (далее — Европейский Суд).

С другой стороны, национальное гражданское процессуальное право каждого государства отражает специфические исторические, национальные, географические, национально-культурные, ментальные особенности, присущие конкретным народам и государствам, без учета которых правотворческая и правоприменительная практика вряд ли окажется эффективной.

Выработка действенного механизма взаимодействия норм гражданского процессуального права и практики их применения с конвенциональной практикой Европейского Суда является чрезвычайно актуальной проблемой и для России, которая в 1998 г. ратифицировала Конвенцию и распространила ее действие на собственную территорию².

Тем самым с момента присоединения к Конвенции Российская Федерация признала *ipso facto* без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда, в исключительной компетенции которого согласно ст. 32 Конвенции находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней. Соответственно обязательными для России стали постанов-

¹ Ректор, заведующий кафедрой гражданского процесса, профессор МГЮА им. О.Е. Кутафина (Россия).

² Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // СЗ РФ. 1988. № 14. Ст. 1514.

ления Европейского Суда в части как содержащихся в них окончательных выводов по итогам рассмотрения дела, так и правовых позиций, т.е. тех промежуточных выводов, на которых основано решение Европейского Суда, принятое в отношении Российской Федерации.

Более того, государства-участники, включая Российскую Федерацию, приняли на себя обязательства гарантировать «эффективное выполнение любого из положений» Конвенции в своем внутригосударственном праве (ст. 52 Конвенции). Это означает, что материальное и процессуальное право Российской Федерации должно соответствовать положениям Конвенции в том истолковании, которое дает им Европейский Суд.

При всем при этом отечественный законодатель и правоприменитель столкнулись с тем, что при толковании конвенционных норм Европейский Суд исходит из общих, универсальных представлений о праве, правах и свободах гражданина и других правовых категорий. Руководствуясь ими, Европейский Суд чрезвычайно широко трактует крайне абстрактные конвенционные положения, наполняя их практически новым содержанием. Примером может служить принцип правовой определенности, который прямо не закреплён в Конвенции, а выводится Европейским Судом из общепризнанного принципа верховенства права. Впоследствии Европейский Суд в целом ряде постановлений конкретизировал отдельные положения им же провозглашенного принципа правовой определенности.

Подобная практика толкования Европейским Судом конвенционных правовых норм ведет к тому, что содержащиеся в его постановлениях универсальные трактовки отдельных конвенционных правовых норм порой не согласуются с положениями, отражающими национально-правовые особенности гражданского процессуального права России. Учета этих особенностей от Европейского Суда требовать сложно, имея в виду наднациональную природу этого органа.

В то же время практика применения конвенционных правовых норм без привязки к национальным особенностям внутригосударственного права с неизбежностью ведет к конфликту с отдельно взятой системой права. Не случайно, предвидя подобные коллизии, Жан-Поль Коста указывал на то, что «Европейский Суд лишь в том случае окажет влияние на правовые системы, а его решения будут верно поняты и в полной мере реализованы, если он будет учитывать существующее противодействие со стороны судей и иных представителей национальных властей и каждый раз будет разъяснять, какие аргументы ложатся в основу его решений»¹.

Выход из сложившейся ситуации один — не только практика применения конвенционных правовых норм должна влиять на развитие национального права, но и толкование конвенционных правовых норм должно осуществляться с учетом национального права. Они должны органически взаимодействовать друг с другом.

Для этого необходим механизм толкования конвенционных норм, при котором бы учитывались национально-правовые принципы, институты права, фундаментальные положения национальной системы права. Постановления Европейского Суда должны органически вписываться в национальную систему права, не разрушая ее фундаментальных основ.

¹ Коста Ж.П. Предлагаю организовать Генеральные штаты по правам человека в Европе // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2009. № 3. С. 130.

Эта проблема чрезвычайно остро стоит в контексте взаимоотношений Европейского Суда не только с Россией, но и с другими государствами. Весьма показательным в этом смысле является спор между Европейским Судом и Германией в отношении исполнения постановления Европейского Суда, вынесенного по делу «Гергю против Германии».

Обращению в Европейский Суд предшествовала череда судебных разбирательств в германских судах относительно прав на ребенка, биологическим отцом которого являлся заявитель¹. По индивидуальной жалобе заявителя одно из дел стало предметом разбирательства в Европейском Суде, который признал решение об опеке и о приостановлении осуществления права на общение нарушающим ст. 8 Конвенции². При этом в отношении права на опеку Европейский Суд, ссылаясь на свою собственную судебную практику, указал, что в делах, где доказано существование семейных связей с ребенком, государство должно действовать таким образом, чтобы эти связи могли развиваться далее. Как считает Европейский Суд, это порождает обязанность государства по ст. 8 Конвенции принимать меры к воссоединению биологического родителя со своим ребенком (п. 45 Постановления). В нарушение этого, как отмечается в Постановлении Европейского Суда, Высший суд земли не исследовал все возможные пути решения проблемы с учетом того обстоятельства, что заявитель является биологическим отцом и бесспорно желает и способен заботиться о нем (п. 46 Постановления).

Давая оценку всем ранее вынесенным по делу судебным актам (включая Постановление Европейского Суда), в своем Постановлении от 14 октября 2004 г., принятом по конституционной жалобе турецкого гражданина *G. (2 BvR 1481/04)*³, Федеральный конституционный суд Германии сформулировал принципиально важную позицию.

Суть ее сводится к тому, что «как непринятие во внимание постановления Европейского Суда, так и его механическое «исполнение» в противоречие с правом, имеющим приоритет, могут нарушать основные права в сочетании с принципами правового государства».

В этом выводе содержится два основных принципа взаимодействия внутригосударственного права и права Конвенции.

Во-первых, национальным судам необходимо инкорпорировать постановление Европейского Суда в соответствующую подобласть национального правопорядка, поскольку прямое внесение необходимых изменений в подсистему внутригосударственного права не является ни преследуемой международно-правовой целью, ни волеизъявлением самого Европейского Суда (подп. «с» п. 3 Постановления). При толковании национального права, включая основные права и конституци-

¹ Заявитель является отцом ребенка, родившегося вне брака 25 августа 1999 г. Отец узнал о рождении ребенка лишь в октябре 1999 г., поскольку всякие контакты с его матерью прекратил в июле 1999 г. Не сообщив властям о заявителе как отце, мать ребенка на следующий день после его рождения отказалась от ребенка в пользу усыновления. С 29 августа 1999 г. ребенок проживает с приемными родителями.

Указанные обстоятельства послужили основаниями для обращения заявителя в германские суды с исками об установлении отцовства и о передаче прав на опеку и общение.

² <http://cmiskp.echr.coe.int>

³ Бюллетень Конституционного Суда РФ // Зарубежная практика конституционного контроля. Вып. 86. 2004. С. 11–29.

онные гарантии, судам следует исходить из того, что Конвенция имеет статус федерального закона. Поэтому при определении содержания и сферы действия основных прав и конституционных принципов Основного закона положения Конвенции и судебная практика служат ориентиром правоприменения лишь при условии, что это не ведет к ограничению или умалению защиты конституционных прав личности.

Во-вторых, в правовой оценке, в частности, новых обстоятельств, во взвешивании таких конкурирующих основных прав, как права приемной семьи, и в инкорпорировании конкретного дела в общий контекст дел в области семейного права, относящихся к праву на общение, Высший суд земли не связан в своих конкретных выводах (С. п. 2). Это означает, что правовые оценки Европейского Суда, содержащиеся в его постановлениях, не имеют для национального суда предопределяющего значения, учитывая их связь с фактической стороной конкретного дела.

Представляется, что приведенные суждения являются отправными и для российских судов, рассматривающих то или иное конкретное гражданское дело. При применении постановлений Европейского Суда следует, во-первых, учитывать фактический состав дела, по которому принималось применяемое постановление Европейского Суда. Во-вторых, правовые позиции Европейского Суда, высказанные по определенному делу, не могут применяться «механически» без критической оценки со стороны суда, рассматривающего конкретное гражданское дело. В этом смысле суд адаптирует правовую позицию Европейского Суда, высказанную им при толковании конвенционального положения, к правовой системе Российской Федерации. Указанный механизм является процессом инкорпорации постановлений Европейского Суда в систему права Российской Федерации. При этом суд связан постановлением Европейского Суда лишь в части толкования конвенциональных норм и не вправе заниматься их переоценкой.

Указанными принципами следует руководствоваться при оценке эффективности действующей системы гражданского процессуального права и ее отдельных правовых институтов. В частности, сказанное относится к вопросу о дальнейшей судьбе надзорного производства в гражданском и арбитражном процессах.

В постановлениях Европейского Суда неоднократно указывалось на то, что надзорную инстанцию нельзя рассматривать в качестве неотъемлемой и завершающей стадии (части) российского гражданского судопроизводства¹.

Внешне эта позиция Европейского Суда выражалась в непризнании жалобы, поданной в порядке надзора, средством правовой защиты, исчерпание которой дает право на обращение в Европейский Суд (п. 1 ст. 35 Конвенции). «Окончательным решением национального суда» в смысле п. 1 ст. 35 Конвенции Европейский Суд считает постановление суда второй инстанции. Именно с момента его принятия исчисляется шестимесячный срок для обращения заинтересованного лица в Европейский Суд с жалобой на нарушение положений Конвенции, допущенных при рассмотрении данного дела в российских судах. Тем самым Европейский Суд пришел к выводу о том, что обжалование судебных актов (постановлений) в надзорном

¹ См. дело «Ларин и Ларина против России» (жалоба № 74286/01) от 7 июня 2007 г.; Решение Европейского Суда от 22 июня 1999 г. о приемлемости жалобы по делу «Тумилович против России» (жалоба № 470033/99) и др. (СПС КонсультантПлюс).

порядке не является обязательным условием для принятия дела к рассмотрению в Европейском Суде.

Суть претензий Европейского Суда сводилась к тому, что надзорный порядок пересмотра судебных актов (постановлений) противоречит принципу правовой определенности. В соответствии с ним вступившие в законную силу судебные постановления подлежат не обжалованию, а принудительному исполнению. С целью устранения имеющихся нарушений принципа правовой определенности Комитет министров Совета Европы в промежуточной резолюции *ResDH* (2006) 1 от 8 февраля 2006 г. обозначил основные направления реформирования надзорного производства в российском гражданском процессе¹. К таковым Комитет министров Совета Европы относил следующие направления:

1) наделение суда правом исправления всех упущений в решениях нижестоящих судов в ходе одного производства, чтобы последующее обращение с надзорной жалобой было действительно исключительным, если вообще необходимым;

2) ограничение пересмотра в порядке надзора вступивших в законную силу и подлежащих исполнению судебных решений только исключительными обстоятельствами, тем самым законодательно устраняется ситуация, при которой процедура надзора позволяет отменить судебное постановление ввиду любого допущенного в нем нарушения материального и процессуального права;

3) исправление любых ошибок и упущений посредством обычного обжалования судебных решений в суды апелляционной и (или) кассационной инстанций.

Достижению указанных целей призваны служить промежуточные меры, сформулированные Комитетом министров Совета Европы. Среди таковых в резолюции названы:

1) ограничение возможности применения процедуры надзора, в частности, путем установления меньшего срока подачи надзорных жалоб и сокращения допустимых оснований для инициирования такой процедуры, с тем чтобы она касалась только наиболее существенных нарушений закона;

2) ограничение, насколько это возможно, количества удовлетворяемых надзорных жалоб, которые можно подать по одному и тому же делу;

3) воспрепятствование рассмотрению явно необоснованных надзорных жалоб, основанных только на несогласии с оценками, данными нижестоящими судами в рамках их компетенции и в соответствии с законом;

4) всяческое стимулирование использования сторонами доступного им в настоящее время кассационного обжалования в целях исправления судебных ошибок до вступления судебных решений в законную силу и их исполнения.

В целях совершенствования гражданского процессуального законодательства и приведения его в соответствие с положениями Конвенции и практикой Европейского Суда Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» был существенно реформирован действующий порядок производства в надзорной инстанции. В результате практически все рекомендации, данные Комитетом министров Совета Европы в указанной промежуточной резолюции, были законодательно реализованы.

¹ http://sutyajnik.ru/rus/echer/school/int_law.html

Так, ч. 2 ст. 377 ГПК РФ (в редакции указанного Закона) срок надзорного обжалования судебных постановлений ограничивает шестью месяцами со дня их вступления в законную силу. При этом обращение в надзорную инстанцию возможно лишь при условии, что заявителем были исчерпаны иные установленные ГПК способы обжалования судебного постановления до дня его вступления в законную силу.

Исключительность надзорного обжалования характеризуется тем, что согласно ч. 4 ст. 112 ГПК РФ (в редакции указанного Закона) восстановление вышеуказанного срока возможно только при наличии двух условий: а) суд признал уважительность причин его пропуска (тяжелая болезнь заявителя, его беспомощное состояние и другие обстоятельства, объективно исключающие возможность подачи надзорной жалобы в установленный срок); б) не истек годичный срок со дня вступления судебного постановления в законную силу.

Указанным Законом основания передачи дела для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции ограничивались только существенными нарушениями норм материального или процессуального права, повлиявшими на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов (ч. 2 ст. 387 ГПК РФ).

Изменения не коснулись пресловутой многократности пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений в надзорном порядке: по-прежнему сохраняется возможность последовательного обжалования судебных постановлений в трех надзорных судебных инстанциях.

Этот пробел был устранен Федеральным законом от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации». Введение в систему пересмотра апелляционного производства решило проблему многократности надзорного пересмотра судебных постановлений в гражданском процессе. Согласно ч. 1 ст. 391.1 вступившие в законную силу судебные постановления могут быть пересмотрены в порядке надзора только Президиумом Верховного Суда РФ. Тем самым принятые законодателем меры по реформированию гражданского процессуального права привели к тому, что теперь система пересмотра в гражданском процессе принципиально не отличается от той, которая существует в арбитражном процессе.

Ранее Европейский Суд признал надзорное производство в арбитражном процессе, не противоречащим принципу правовой определенности, «завершающим элементом в цепочке внутренних средств правовой защиты, имеющихся в распоряжении сторон»¹, так как оно осуществляется исключительно Высшим Арбитражным Судом РФ и ограничено ясными и строгими сроками.

Из этого следует, что судебный акт Высшего Арбитражного Суда, принятый в порядке надзора, является «окончательным решением» для целей п. 1 ст. 35 Конвенции и моментом начала течения шестимесячного срока.

Несмотря на сказанное, Совет Европы все же настоятельно рекомендует исключить надзорное производство из системы пересмотра судебных актов (постановлений).

¹ См. дело «Ковалев и другие против России» (жалоба № 6025/09) от 25 июня 2009 г.; дело «ООО «Линк Ойл СПб» против России» (жалоба № 42600/05) от 25 июня 2009 г. (СПС КонсультантПлюс).

Так, в уже упоминаемой выше промежуточной резолюции *ResDH* (2006) 1 от 8 февраля 2006 г. Комитет министров Совета Европы однозначно высказался в пользу того, что даже после устранения всех существенных недостатков сохранение надзорного производства в действующем гражданском процессе следует рассматривать как временное явление. При этом Комитет министров Совета Европы призывает Российскую Федерацию провести реформу гражданского процесса в целях закрепления в законе процедуры, согласно которой судебные ошибки должны исправляться посредством обычного обжалования в процессе апелляционного и (или) кассационного производства до того, как судебные решения вступят в законную силу.

С учетом этого вполне логично возникает вопрос о том, насколько необходима для гражданского и арбитражного процесса стадия надзорного пересмотра как неотъемлемый элемент внутригосударственных средств правовой защиты. Каковы ее правовые основания существования в гражданском и арбитражном процессе?

Следует отметить, что надзор как процессуальная форма пересмотра судебных актов имеет под собой конституционную основу.

Согласно ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд РФ наряду с другими функциями осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за деятельностью судов общей юрисдикции.

Аналогичное положение закреплено в ст. 127 Конституции РФ применительно к Высшему Арбитражному Суду РФ.

Надзорные полномочия высших судебных органов косвенно подтвердил и Конституционный Суд РФ при проверке на соответствие Конституции РФ ряда положений Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих порядок производства в надзорной инстанции¹.

В Постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П Конституционный Суд РФ однозначно высказался в пользу того, что «в правовой системе Российской Федерации институт пересмотра судебных постановлений по гражданским делам в порядке надзора (глава 41 ГПК Российской Федерации) основан на положениях Конституции Российской Федерации, а именно статьи 46, которая во взаимосвязи со статьями 15 (часть 4) и 17 (части 1 и 3) предполагает общепринятую в правовом государстве возможность в случаях допущенных фундаментальных ошибок пересматривать вступившие в законную силу судебные акты, а также статьи 126, согласно которой Верховный Суд Российской Федерации как высший судебный орган по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет судебный надзор за их деятельностью в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах и дает разъяснения по вопросам судебной практики» (п. 3).

Тем самым надзорный пересмотр судебных постановлений, вступивших в законную силу, входит в систему внутригосударственных средств защиты прав граждан

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижекамнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан» (СПС «КонсультантПлюс») (далее — Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П).

и юридических лиц, являясь, как отмечалось в указанном Постановлении Конституционного Суда РФ, дополнительной гарантией в действующем механизме эффективного восстановления нарушенных прав¹.

Согласно ч. 3 ст. 46 Конституции РФ каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Поскольку пересмотр судебных постановлений, вступивших в законную силу, неотъемлемый элемент действующей системы гражданского судопроизводства, меры внутригосударственных средств защиты прав и интересов граждан и юридических лиц нельзя признать исчерпанными в ситуации, когда не истекли сроки надзорного обжалования. Не исключено, что допущенные судами при рассмотрении дела нарушения положений Конвенции вполне могут быть устранены в надзорной инстанции (ст. 387 ГПК РФ). Поэтому необходимым условием приемлемости жалобы Европейскому Суду следует признать истечение установленного законом шестимесячного срока для подачи надзорной жалобы.

Исключается возможность обращения заявителя в Европейский Суд и в ситуации, когда судом надзорной инстанции уже возбуждено производство по его жалобе. Отчасти это утверждение основывается на правовой позиции Конституционного Суда РФ, согласно которой после истребования дела судья по просьбе, содержащейся в жалобе, представлении или ином ходатайстве, приостанавливает исполнение обжалованного судебного постановления до завершения производства в суде надзорной инстанции. Поэтому приостановленное исполнением судебное постановление нельзя признать окончательным (тем более что суд надзорной инстанции, в отличие от Европейского Суда, вправе не только устанавливать факт нарушения права, но и отменить приведшее к такому нарушению судебное постановление). Пока судом надзорной инстанции не вынесено соответствующее решение, имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты не должны считаться исчерпанными в смысле ст. 46 (ч. 3) Конституции РФ².

Наконец, в приведенном выше Постановлении от 5 февраля 2007 г. № 2-П Конституционный Суд РФ однозначно высказался в пользу сохранения института надзорного производства в качестве обязательной стадии гражданского процесса, после завершения производства в которой возможно обращение заинтересованного лица в Европейский Суд, с той лишь оговоркой, что надзорное производство в результате его реформирования федеральным законодателем будет отвечать всем необходимым требованиям, вытекающим из Конституции РФ и настоящего Постановления, в качестве эффективного средства судебной защиты. Как уже отмечалось, Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральным законом от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» институт надзорного производства существенным образом был реформирован.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П.

² Там же.

Аналогии российскому надзору в качестве исключительной формы пересмотра судебных постановлений существуют и в судебных системах зарубежных европейских государств. Так, по законодательству Франции одним из исключительных способов обжалования является кассация, цель которой состоит в проверке судебных постановлений, вынесенных в последней инстанции на соответствие нормам права (ст. 604 ГПК Франции). Тем самым обеспечивается единство национального права и равенство всех граждан перед законом¹. В Германии заинтересованное лицо вправе подать «конституционную жалобу» в Федеральный конституционный суд на окончательное судебное постановление, которым нарушены гарантируемые Конституцией ФРГ права и свободы гражданина (абз. 1, 2 § 90 Закона о Федеральном конституционном законе)². Указанные экстраординарные (исключительные) способы обжалования судебных постановлений входят в систему признаваемых Европейским Судом внутригосударственных механизмов защиты прав и свобод граждан соответствующих государств.

Введение в гражданском процессе двух обычных стадий пересмотра судебных постановлений (апелляционной и кассационной) является совершенно правильным и оправданным шагом. Вместе с тем существует настоятельная необходимость в сохранении надзора как исключительной проверочной стадии гражданского процесса, конституционный характер которой подтвердил в проанализированном выше Постановлении Конституционный Суд РФ. При этом принципиального значения не имеет, как этот порядок следует называть — надзор или иная форма пересмотра вступивших в законную силу судебных актов (судебных постановлений). Целесообразность его существования объясняется географическими, культурными, историческими, правовыми, национально-государственными и иными факторами, обеспечивающими нормальное функционирование судебной системы в Российской Федерации.

Следовательно, надзорный пересмотр судебных постановлений является важным и необходимым элементом системы внутригосударственной защиты прав, свобод граждан и юридических лиц. Подтвержденная Конституционным Судом РФ конституционно-правовая природа института надзорного производства имеет определяющий характер при решении вопроса о его месте и роли в механизме пересмотра судебных постановлений в гражданском процессе. Из определяющего характера конституционных положений, в том числе и перед конвенциональными нормами, должен исходить законодатель при реформировании надзора в российском праве.

Наряду с надзором к экстраординарным формам пересмотра судебных постановлений в гражданском и арбитражном процессах следует отнести производство по новым и вновь открывшимся обстоятельствам.

В последнее время традиционно сложившийся в процессуальном праве институт пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам

¹ Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС и СНГ / Под ред. Е.А. Борисовой. М., 2007. С. 337.

² Тексты законов. Закон о федеральном конституционном суде. Бонн: ИНТЕР НАЦИОНЕС, 1996. С. 80–81.

развивается по пути расширения круга оснований к пересмотру за счет отнесения к таковым некоторых новых обстоятельств.

В частности, согласно п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ новым обстоятельством для пересмотра вступившего в законную силу судебного акта служит определение либо изменение в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте Высшего Арбитражного Суда РФ содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства.

Аналогичное по содержанию положение содержится в п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ.

При этом в отличие от ч. 3 ст. 312 АПК РФ, согласно которой заявление о пересмотре вступившего в законную силу судебного акта может быть подано в трехмесячный срок со дня возникновения обстоятельства, но не позднее шести месяцев со дня вступления в законную силу последнего судебного акта, рассмотревшего дело по существу (если исчерпана возможность для обращения в суд апелляционной и кассационной инстанций), ГПК РФ таких временных ограничений не содержит.

В соответствии со ст. 394, п. 7 ст. 395 ГПК РФ заявление, представление о пересмотре судебных постановлений по такому обстоятельству может быть подано в течение трех месяцев со дня вступления в законную силу постановления Президиума Верховного Суда РФ или опубликования постановления Пленума Верховного Суда РФ.

Тем самым ГПК РФ устанавливает неограниченные сроки придания обратной силы правовой позиции, содержащейся в постановлении Президиума Верховного Совета РФ или Пленума Верховного Суда РФ. С учетом этого вполне допустим пересмотр в порядке нового обстоятельства в связи с изменившейся правоприменительной практикой судебного постановления, которое вступило в законную силу десятки лет назад. Как представляется, сама возможность такого пересмотра противоречит принципу правовой определенности, по смыслу которого должны существовать разумные сроки для изменения уже вступившего в законную силу и подлежащего исполнению (порой давно исполненного) судебного постановления.

Принцип правовой определенности допускает отмену судебного акта (судебного постановления) только при наличии исключительных обстоятельств. Как представляется, изменившаяся правовая позиция высшего судебного органа относительно толкования нормы права не может рассматриваться в качестве исключительного основания для пересмотра судебных актов по другим делам, ранее принятых на основании того толкования правовой нормы, которое существовало на момент ее применения. Фактически обратная юридическая сила придается вновь принятому судебному положению высшего судебного органа при том, что подобная ситуация исключается даже в отношении закона, принимаемого органом законодательной власти. Невольно возникает вопрос о соотношении судебного акта и закона или иного нормативного правового акта.

Указанное законодательное положение нуждается в серьезной корректировке, поскольку в своем нынешнем виде не способствует достижению определенности в правоприменительной практике.

Алеч Галич (*Aleš Galič*)¹

СЛОВЕНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА В СЛОВЕНИИ²

1. Модель гражданского процесса

Закон Словении о гражданском процессе (*Zakon o pravdnem postopku*) тесно связан со своим австрийским предшественником (*ZPO*). Строгие правила, касающиеся принципа состязательности и инициативы сторон, значительно смягчены правилами о «материально-процессуальном руководстве» (*materielle Prozessleitung*), которые предоставляют судье широкие полномочия и обязанности в отношении материальной подготовки дела и его рассмотрения. Также вместе с последними поправками и обсуждениями реформы гражданского процесса изменения в австрийском (и на сегодняшний день все чаще), в немецком гражданском процессе являются главными источниками вдохновения и, как правило, используются при проведении подобных реформ в Словении. Близкая связь словенского и австрийского гражданского процесса не является чем-то удивительным для периода до 1918 г., поскольку та территория, на которой сейчас располагается Словения, была на тот момент частью австрийской части Австро-Венгерской империи. Интересно, однако, то, что данное развитие не было прервано и после того, как Словения после Первой мировой войны стала частью недавно сформированной Югославии (1918). Югославия, принимая новое унифицированное законодательство в сферах частного права и гражданского процессуального права, решила перенять австрийские законы, которые, как считалось, были более современными и продвинутыми, чем, например, законы бывшего Королевства Сербии, которое также было включено в состав недавно сформированной Югославии. Таким образом, первый Закон Югославии о гражданском процессе 1929 г. был почти полностью переводом австрийского Закона о гражданском процессе (*ZPO* Франца Кляйна).

После Второй мировой войны Югославия стала социалистическим государством, состоящим из шести союзных единиц (республик), одной из которых была Словения. Несмотря на то что введение социализма внесло множество фундаментальных изменений в законодательство и функционирование системы правосудия, тем не менее необходимо отметить, что эти изменения были существенно менее радикальными по сравнению с изменениями в других социалистических государствах. Югославия не была частью господствующего советского блока экономических и военных сил. По крайней мере только в конце 1950-х гг. Югославия выбрала то, что лучше всего можно описать как «умеренный вариант социализма» — как в отношении экономической системы, так и в отношении статуса прав человека и развития гражданского общества. Поэтому состояние и традиции гражданского процесса

¹ Профессор Люблянского университета (*University of Ljubljana*) (Словения).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен аспирантами А. Мамаевым, А. Незнамовым и Е. Саликовой (УрГЮА).

также не были подвергнуты чрезмерному влиянию. Принципы самостоятельности сторон и диспозитивности (урегулирование спора, признание иска, добровольный отказ от иска, имеющий преюдициальное значение) были полностью сохранены; суд был ограничен пределами заявленного требования, а также мог основываться на фактах, представленных сторонами; возможность вмешательства прокурора была сильно ограничена, и у апелляционных судов не было никакой возможности давать обязательные указания судам низшей инстанции (или изымать у них дела). Адвокатура как независимая юридическая профессия была сохранена (и Ассоциация адвокатов Югославии была единственной в социалистических государствах, которую благодаря соблюдению условия о независимости приняли в Международную ассоциацию адвокатов).

В 1991 г. Словения стала независимым государством, и благодаря этому в 1992 г. последовало ее полное международное признание, и в то же время это означало переход к парламентской демократической системе и рыночной экономике. Переход Словении от социалистической экономики к свободной рыночной экономике был постепенным и осторожным, но устойчивым, явно отвергающим идеи и зачастую усиленно лоббируемые предложения «шоковой терапии». Сегодня страна находится в состоянии относительной экономической и политической стабильности. Она первой среди бывших югославских республик в мае 2004 г. присоединилась к Европейскому Союзу.

2. Источники гражданского процесса

В 1999 г. был принят Закон Словении о гражданском процессе. С момента вступления в силу в Закон о гражданском процессе уже четыре раза вносились изменения. Поправка 2002 г. (А) внесла определенные изменения, преимущественно в области содействия разрешению спора. Поправка 2004 г. (В) расширила юрисдикцию судов по делам, вытекающим из семейного права. Поправка 2007 г. (С) создала основу для внедрения электронных технологий в судебном процессе по гражданским делам (но еще не приняты меры для реализации этой поправки), тогда как последняя поправка (2008 г.) акцентировала усиление полномочий судьи, для того чтобы достигнуть сосредоточенности процесса; она в то же время сделала более строгой систему процессуальных санкций для сторон.

Существуют также несколько актов, которые содержат нормы, относящиеся к гражданскому процессу. Нормы о международной компетенции (и о признании и исполнении иностранных судебных решений) содержатся в Законе о международном частном праве и процессе (*Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*¹). В делах, которые разрешаются в порядке бесспорного производства (например, определенные вопросы семейного и наследственного права, такие как раздел совместной собственности, регулирование отношений между совладельцами, споры о границах земельных участков, отношения арендаторов), применяются нормы Закона о бесспорной процедуре (*Zakon o nepravdnem postopku*²). Исполнение решений суда, как и применение обеспечительных (защитных) мер, регулируется не Законом о граж-

¹ Official Gazette RS, № 56/99.

² Official Gazette SRS, № 30/86.

данском процессе, а отдельным актом (Законом об исполнении судебных решений и применении обеспечительных мер — *Zakon o izvršbi v zavarovanju*¹). Вопросы о составе, статусе и компетенции, юрисдикции судов, как и о положении работников судов (таких как административные работники, помощники судей, юрисконсульты, секретари суда), кроме судей, о системе распределения дел по судьям в пределах одного суда, о положении Судебного совета и т.д. регулируются Законом о судах (*Zakon o sodiščih*²). Закон о службе в судах (*Zakon o sodniški službi*³) определяет статус судьи, в частности затрагивает вопросы квалификационных требований, избрания судей, прав и обязанностей, увольнения со службы и дисциплинарных процедур. Предоставление юридической помощи регулируется Законом о бесплатной юридической помощи (*Zakon o brezplačni pravni pomoči*⁴). Профессиональные требования, предъявляемые к адвокатам, порядок их избрания, статус, права и обязанности адвокатов устанавливаются Законом о представителях (*Zakon o odvetništvu*⁵). Закон о судах по трудовым и социальным спорам (*Zakon o delovnih in socialnih sodiščih*⁶) устанавливает пять специализированных судов и определяет некоторые особенности процедуры рассмотрения этих дел, Законом об административных спорах (*Zakon o upravnem sporu*⁷) учрежден Суд по административным делам. Судебный регламент (*Sodni red*⁸) содержит подробные положения об административном, техническом и организационном обеспечении судов, управлении потоком дел, подробные правила назначения дел и функционирования администрации суда. Меры против нарушения права на рассмотрение дела в разумный срок регулируются Законом о защите права на судебное разбирательство без лишних задержек (*Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja*⁹).

Некоторые нормы, имеющие большое значение для гражданского процесса, содержатся также в Конституции. Они касаются положения судов (например, независимость), положения судей (например, несменяемость, выборность, неприкосновенность, прекращение службы) и основных процессуальных гарантий (например, право на доступ к правосудию, право на беспристрастный и независимый суд, право на разрешение дела надлежащим судьей, определенным законом, право на разбирательство дела в разумный срок, право быть заслушанным и равенство средств защиты, право на публичное рассмотрение дела, право на обжалование, гарантия неизменности окончательного решения по делу, законная сила решения суда).

Прецедентное право формально не признано источником права. Однако на практике выработанное прецедентное право обладает большим авторитетом и суды низшей инстанции склонны следовать позиции апелляционных судов и Верховного суда. Одной из функций Верховного суда Словении также является сохранение единообразия судебной практики (ст. 110 Закона о судах). Кроме того, согласно толкованию,

¹ *Official Gazette RS*, № 40/04 — сводная версия.

² *Official Gazette RS*, № 23/05 — сводная версия.

³ *Official Gazette RS*, № 19/94...57/2007.

⁴ *Official Gazette RS*, № 48/01 и 50/04.

⁵ *Official Gazette RS*, № 18/93...48/01.

⁶ *Official Gazette RS*, № 2/04.

⁷ *Official Gazette RS*, № 105/06.

⁸ *Official Gazette RS*, № 17/95...138/2004.

⁹ *Official Gazette RS*, № 49/2006.

данному Конституционным судом, одним из элементов справедливого судебного разбирательства является то, что судья не может произвольно (не предоставляя достаточно оснований) отступать от установленного и единообразного прецедентного права¹. Если такое отступление происходит, Конституционный суд по поданной жалобе может отменить решение и назначить новое судебное разбирательство. Это не означает, что прецедентное право является неизменным, но оно налагает на судью, который намеревается отступить от единообразного и установленного прецедентного права, дополнительное бремя объяснения того, почему он или она больше не находят данный прецедент подходящим. Фактически через эту конституционную процессуальную гарантию прецедентное право в Словении получает положение, подобное тому, которое оно имеет в прецедентной системе (конструкция *stare decisis*)².

3. Организация судебной власти и прокурор

Судебная власть осуществляется судами общей юрисдикции (которые разрешают гражданские, коммерческие, семейно-правовые и уголовные дела) и специализированными судами. Существует 44 окружных суда (*okrajno sodišče*), 11 районных судов (*okrožno sodišče*) и окружные и районные суды — суды первой инстанции; существует четыре суда более высокой инстанции (апелляционные суды, *višje sodišče*) и Верховный суд Республики Словения. Также существует Конституционный суд, но он не является частью общей судебной системы (хотя сторона судебного разбирательства по гражданскому делу может после исчерпания всех юридических средств защиты в рамках гражданского процесса подать жалобу в Конституционный суд, если он или она считают, что решение, принятое по судебному делу, нарушает определенные права и свободы человека). Суды, включая Верховный суд, не уполномочены проверять законы на соответствие Конституции. Это полномочие принадлежит Конституционному суду (*Ustavno sodišče*)³. Если во время слушания дела судья «обычного суда» предполагает, что закон, который он должен применить, является неконституционным, ему следует приостановить разбирательство дела и передать вопрос на рассмотрение в Конституционный суд (ст. 156 Конституции). Существует только два вида специализированных судов (суды по трудовым и социальным спорам, суды по административным делам), но ни один из них не имеет отношения к рассмотрению гражданских дел. В Словении не существует никаких специализированных коммерческих судов, но существуют специализированные подразделения судов для коммерческих дел в более крупных окружных судах, как и в апелляционных судах и в Верховном суде.

Также во время югославского социализма роль (государственных) прокуроров была ограничена по сравнению с их положением в странах так называемого совет-

¹ Например, решение Конституционного суда от 11 декабря 2003 г. No. Up 188/02. См. подробнее: A. Galič, *The human rights dimension of the argument of precedent in the case law of the Slovenian Constitutional Court* // *Slovenian Law Review*, vol. 2 (December 2005), p. 41 sq.

² M. Pavčnik, *Argument sodnega (pravnega) precedensa* // 30 *Podjetje in delo*, 2004, No. 6–7, p. 1032 sq.; M. Novak, *The promising gift of precedents: Changes in culture and techniques of judicial decision-making in Slovenia* // Priban, Roberts, Young (eds.), *Systems of Justice in Transition*, Hampshire, 2003, p. 94–108.

³ A. Mavčič, *The Slovenian Constitutional Court and its activities during the period of transition* // *Revue de justice constitutionnelle Est-Européenne*, No. 2, 2001, p. 229–251.

ского блока. У прокурора не было никакой возможности вмешаться в гражданские дела, находящиеся на рассмотрении судов. Однако существовала и, до известной степени все еще существует, возможность прибегнуть к исключительному средству правовой защиты — запросу о защите законности, который рассматривается Верховным судом. Таким запросом может оспариваться окончательное решение суда по делу по мотиву нарушения в нем норм материального и процессуального права; право на подачу такого запроса принадлежит главному государственному прокурору. Роль государственного прокурора в гражданском процессе значительно ослабла после реформы 2008 года, которая изменила процесс пересмотра судебных актов (см. далее), а его роль тесно связана с описанной системой пересмотра судебных актов¹. Поскольку законодательно возможность пересмотра судебных актов, принимаемых в определенных типах производств и по определенным категориям дел (таких, как решения по искам с незначительными требованиями, решения по делам о банкротстве, по определенным категориям бесспорных дел, и в процедурах, касающихся исполнения решений суда и применения обеспечительных мер), уже исключена, по таким категориям дел представляется необходимым найти другой правовой институт, позволяющий Верховному суду рассматривать и разрешать важные правовые вопросы, сохраняя тем самым единообразие прецедентного права. Именно по этой причине за государственным прокурором было сохранено такое экстраординарное средство правовой защиты, однако круг дел, на который такое полномочие распространяется, ограничен делами, в которых пересмотр судебных актов невозможен в силу прямого указания закона. Необходимо подчеркнуть, что целью этого экстраординарного обжалования не является надзор за законностью решения в каждом конкретном случае; его цель скорее состоит в том, чтобы позволить Верховному суду вырабатывать новые прецеденты по важным юридическим вопросам, тем самым сохраняя единообразие прецедентного права.

Стороны, которые знают, что дальнейшее обжалование по вопросам права (пересмотр) недопустимо в их деле, часто обращаются к государственному прокурору с просьбой подать запрос о защите законности. Однако они не имеют права обжаловать уведомление государственного прокурора о том, что такое экстраординарное обжалование не будет осуществлено. Решение о том, должен ли быть подан такой экстраординарный запрос, остается полностью на усмотрение государственного прокурора². Однако, если запрос о защите законности подан, это может оказать существенное влияние на положение сторон (если Верховный суд находит, что запрос обоснован и что решение, на оспаривание которого он направлен, основано на ошибочном применении норм материального права или что имело место серьезное процессуальное нарушение, Верховный суд может изменить решение или направить дело на новое рассмотрение). В отличие от некоторых других правовых систем, в которых прокурору предоставлено подобное же полномочие, влияние прокурорского запроса на положение сторон не ограничивается вынесением декларативного решения, которое не влияет на исход конкретного дела, а лишь служит руководством для будущих дел. Очень спорным представляется вопрос о том,

¹ См., например: L. Ude, *Reforma revizije in zahteve za varstvo zakonitosti* // 33 *Podjetje in delo*, 2007, No. 6–7, p. 1085.

² См., например: L. Ude, *Civilno procesno pravo*, Ljubljana, ČZ UL, 2002, p. 343.

насколько существующая в Словения система пересмотра соответствует гарантиям, заложенным в ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Критика словенской системы пересмотра судебных актов относится не к нарушению права сторон на то, чтобы быть заслушанными судом, — обе стороны вправе представить свое мнение по существу запроса (запрос направляется обеим сторонам). Критика в основном заключается в том, что нарушается право сторон на доступ к правосудию, поскольку результат судебного разбирательства в Верховном суде может повлиять на определение гражданских прав и обязанностей сторон, в то время как решение о возможности присутствия в Верховном суде не зависит ни от сторон, ни от самого суда, а от государственного органа, который даже не является частью судебной системы (государственного прокурора).

4. Распределение ролей между судом и сторонами

Принцип свободного распоряжения процессуальными и материальными правами признан в словенском гражданском процессуальном праве, его важность подчеркнута во вводных положениях Закона о гражданском процессе (ст. 2 и 3). Без иска не может быть решения, поэтому при разрешении спора (за исключением некоторых случаев, возникающих при рассмотрении дел, вытекающих из семейных отношений) суд ограничен тем требованием, которое было заявлено истцом (суд не может присудить стороне ни сверх (*extra petitum*), ни помимо того (*ultra petitum*), что было ею запрошено). Иск должен содержать в себе указание на **заявляемое требование** или испрашиваемое средство защиты права, на побочные требования, на фактическое основание иска и на доказательства, подтверждающие эти факты (ст. 180 Закона о гражданском процессе). Таким образом, на истце лежит обязанность уже в исковом заявлении кратко и конкретно сформулировать свое требование. Стороны также **имеют право отказаться от своего требования и не использовать средства процессуальной защиты** во время судебного разбирательства. Отказ от иска, признание иска и добровольное урегулирование сторонами спора в ходе рассмотрения его судом влекут за собой прекращение производства по делу и обладают преюдициальной силой, которая не позволяет сторонам обратиться в суд за повторным рассмотрением того же самого спора. Инициатива сторон преобладает также в области заявления фактов и их доказывании. Представление фактов и доказательств является обязанностью сторон (ст. 7). В свою очередь, суд обязан решать вопросы права (которые могут потребовать применения не только национального, но и иностранного права)¹. Роль суда основывается на правовом принципе *iura novit curia* (ст. 180 Закона о гражданском процессе).

Строгие правила, касающиеся инициативы сторон, значительно смягчены правилами об активном руководстве судебным разбирательством². Следуя хорошо известным моделям австрийского и немецкого права, Закон Словении о гражданском процессе предусматривает материально-процессуальное руководство

¹ J. Juhart, *Zbiranje procesnega gradiva* // 12 *Pravnik*, 1957, No. 5–8, p. 227.

² См., например: D. Wedam Lukić, *Vloga strank in sodišča pri zbiranju procesnega gradiva* // 24 *Podjetje in delo*, 1998, No. 6–7, p. 984–990; J. Juhart, *Zbiranje procesnega gradiva* // 12 *Pravnik*, 1957, No. 5–8, p. 223; L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, J. Zobec, D. Wedam Lukić, *Pravdni postopek – zakon s komentarjem*, vol. 2, Ljubljana, 2006, p. 582 sq.

(*materialno procesno vodstvo*) судьи (ст. 285 Закона о гражданском процессе). Судья, как объяснено выше, ограничен фактами и доказательствами, представляемыми сторонами, но имеет право и обязанность направлять стороны (вопросами, замечаниями и указаниями), чтобы дополнить и прояснить заявляемые ими факты. Судье также следует предупредить стороны о недостаточности представленных ими доказательств, и указать им на то, каким образом распределено бремя доказывания. Судья также должен открыто обсуждать со сторонами все юридические вопросы, которые были упущены сторонами¹. В случае, если предоставленные судье и сторонам возможности для скорейшего определения существа рассматриваемого спора, и в особенности тех вопросов, которые важны для принятия решения по делу, используются надлежащим образом, судебное разбирательство по делу проходит без необоснованных задержек, что обеспечивает наиболее быстрый, разумный и экономный судебный процесс и, следовательно, повышает доступность правосудия. Это позволяет в судебном разбирательстве скорее сосредоточиться на тех моментах, которые относятся к делу, что является особенно важным в рационализации процесса доказывания. Материально-процессуальное руководство суда осуществляется в основном во время судебного разбирательства, но после поправок, внесенных в 2008 г. в Закон о гражданском процессе, суду были предоставлены дополнительные полномочия, позволяющие еще на предварительной стадии производства по делу задавать сторонам вопросы в письменной форме и требовать от них письменные пояснения по существу иска.

5. Процессуальные последствия пропуска установленных сроков

Суды Словении вправе не принимать во внимание заявления, излагающие обстоятельства дела, и доказательства в случае, если без уважительных на то причин они не были представлены в установленный срок. Таким образом, стадия производства по делу, на которой должны быть представлены те или иные обстоятельства и доказательства, определяется не только усмотрением сторон. Впервые подобные ограничения были установлены в Словении Законом о гражданском процессе 1999 г. (*CPA-1999*). Согласно ст. 286 указанного Закона стороны вправе представлять новые обстоятельства и доказательства вплоть до окончания первого основного судебного заседания по делу (Законом Югославии о гражданском процессе 1976 г. (*CPA-1976*) не устанавливалось подобных ограничений; стороны могли представлять новые обстоятельства и доказательства вплоть до окончания последнего судебного заседания в суде первой инстанции и даже, за исключением коммерческих споров, в суде апелляционной инстанции). В последующих судебных заседаниях сторонам может быть позволено представлять новые обстоятельства и доказательства, только если они не могли быть представлены ранее по причинам, не зависящим от воли сторон.

В 2008 г. Закон Словении о гражданском процессе подвергся значительным изменениям². Процессуальные последствия пропуска процессуальных сроков

¹ Данное требование также вытекает из прецедентного права Конституционного суда; решения *No. Up 130/04* (24.11.2005) и *No. Up 133/04* (01.12.2005).

² Поправки к Закону о гражданском процессе (*ZPP-D*); *Official gazette of the Republic of Slovenia*, No. 45/2008 (вступили в силу с 1 октября 2008 г.).

при судебном разбирательстве в суде первой инстанции были ужесточены, а стадии подготовки дела к судебному разбирательству стало уделяться гораздо большее внимание. Для того чтобы противная сторона имела возможность реализовать свое право на формулирование своей позиции по делу и представление ее суду, на сторону в судебном разбирательстве теперь возложена обязанность представить противной стороне (во всех случаях, когда это возможно) письменные объяснения по иску в срок, достаточный, для того чтобы противная сторона имела возможность подготовиться к рассмотрению дела по существу, а рассмотрение дела по существу не пришлось бы откладывать в связи с тем, что противная сторона не имела разумного времени на подготовку возражений (ч. 4 ст. 286.а Закона о гражданском процессе). Кроме того, отныне суд вправе по собственной инициативе потребовать от сторон: представить дополнительные письменные пояснения по поводу фактических обстоятельств, на которых основаны их требования, по поводу уже исследованных или еще исследуемых судом доказательств, изложить их позицию по возникшим правовым вопросам, оценить доводы, представленные другой стороной, — и установить срок, в течение которого такое требование должно быть исполнено (ч. 1 ст. 286.а Закона о гражданском процессе). Суд также вправе *еще до начала рассмотрения дела по существу* потребовать от сторон представления письменных ответов на сформулированные судом вопросы и предложить сторонам представить дополнительные доказательства или раскрыть дополнительные обстоятельства, служащие основанием для заявленных требований (ст. 286.а Закона о гражданском процессе). Невыполнение стороной возложенных на нее обязанностей без уважительных на то причин лишает эту сторону права совершить соответствующие действия на последующих стадиях разбирательства по делу, в том числе и на первом основном судебном заседании по делу. Так, если суд надлежащим образом проявляет свою процессуальную активность (т.е. посредством процедуры письменного разбирательства осуществляет материально-процессуальное руководство движением дела) еще до начала рассмотрения дела по существу, стороны вынуждены действовать так же, поскольку в противном случае, они будут лишены возможности представить новые обстоятельства и доказательства на первом основном судебном заседании по делу. Благодаря этому задача, состоящая в сборе всех материалов, необходимых для судебного разбирательства по делу, может быть успешно решена еще до начала рассмотрения дела по существу¹.

Увеличение числа процессуальных обязанностей вкпе с введением системы санкций за их неисполнение (в том варианте, который предусмотрен реформой 2008 г.) не должно восприниматься как формализация судопроизводства или проявление (надуманной) тенденции, согласно которой «правосудие по существу» постепенно изживает себя, а суды должны просто осуществлять процессуальные действия, с тем чтобы побыстрее «управиться с делом», не разбираясь в нем по существу². Такой подход, несмотря на его распространенность в современной Словении, кажется не совсем обоснованным. С учетом вышеперечисленных инс-

¹ V. Bergant Rakocevic, *Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije* // *Podjetje in delo*, 2008, No. 6–7, p. 1598. См. также пояснительную записку Министерства юстиции к проекту Закона о поправках к Закону о гражданском процессе (Ibid., p. 135).

² M. Jelačin, *Novela ZPP-D, njene skrite pasti in pravne praznine* // *Pravna praksa*, 2008, No. 25, p. 10.

титутов, введенных реформой, реформа скорее имеет своей целью стимулирование процессуальной активности сторон, направленной на то, чтобы все материалы, необходимые для рассмотрения дела, были собраны своевременно; в то же время она не означает снижение уровня ответственности суда и ослабление его активности. В конечном счете реформа способствует также и повышению качества принимаемых судами решений¹. Так, Конституционный суд Словении уже успел отметить, что наличие в гражданском процессуальном праве целостной системы норм, устанавливающих бремя доказывания, процессуальные сроки и последствия их несоблюдения, не только возможно, но и крайне желательно². Предлагая сторонам и их представителям более активно и тщательно участвовать в подготовке и судебном разбирательстве дел, законодатель стремится не только достичь ускорения производства по гражданским делам, но и добиться повышения качества принимаемых судами решений³.

Несостязательное решение (*zamudna sodba*) является неблагоприятным для ответчика последствием того, что он не воспользовался предоставленным ему правом на защиту от иска и не представил в течение 30 дней отзыв на иск (ст. 318 Закона о гражданском процессе). На последующих стадиях производства по делу судом не может быть принято несостязательное решение, если ответчиком представлен (обоснованный) отзыв на иск. Если в деле, рассматриваемом судом, соблюдены все условия, предусмотренные законом для принятия несостязательного решения, суд принимает такое решение в силу своих полномочий (*ex officio*), т.е. даже при отсутствии соответствующего ходатайства истца. Помимо того, что для вынесения несостязательного решения должно быть соблюдено довольно очевидное процессуальное условие, а именно: исковое заявление должно быть надлежащим образом направлено ответчику (в определении суда должно содержаться предупреждение о возможности принятия по делу несостязательного решения), — существует и материально-правовое условие принятия такого решения. Так, суд должен прийти к выводу, что с точки зрения права, фактов, представленных в исковом заявлении, достаточно для удовлетворения заявленных требований (*Schluessigkeit der Klage*)⁴. Фактически пассивность ответчика создает презумпцию того, что им признаются все факты, изложенные в исковом заявлении (это в свою очередь означает, что нет необходимости в исследовании доказательств, подтверждающих такие факты). Так, суд не вправе отказать в принятии несостязательного решения на том лишь основании, что факты, изложенные в исковом заявлении, выглядят маловероятными или доказательств, представленных истцом, недостаточно — все факты, положенные в основу требований истца считаются принятыми. Однако после этого суд все еще должен убедиться в том, что с точки зрения материального права, фактов, изложенных в иске, достаточно для его удовлетворения. Если исковое заявление отвечает этому требованию, рассмотрение дела оканчивается принятием несостязательного решения, если нет — суд оставляет иск без рассмотрения.

¹ См.: J. Zobec, *Predlagane novosti glede zamudne sodbe in posledic izostanka ter glede vmesne sodbe // Podjetje in delo*, 2007, No. 6–7, с. 1060.

² Решение Конституционного суда Словении от 7 октября 2009 г. No. Up-2443/08.

³ Там же.

⁴ См., например, решение Конституционного суда от 6 ноября 2003 г. No. Up 201/01.

Для ответчика несостязательное решение столь же обязательно, как и решение, принятое по результатам состязательное судопроизводства. В отличие, скажем, от немецкого права, которое позволяет ответчику нивелировать последствия несостязательности, потребовав отмены несостязательного решения путем представления простых возражений, в Словении оспорить такое решение возможно только путем подачи апелляционной жалобы (доводы ответчика могут касаться только нарушений материального и процессуального права, но не нарушений, допущенных судом при определении фактических обстоятельств, — это кажется логичным с учетом того, что несостязательное решение основано на фактах, чья доказанность была презумирована) или заявления о восстановлении состояния, существовавшего до принятия судом решения (*restitutio in integrum*). В последнем случае ответчик должен будет доказать, что неисполнение им обязанности по представлению отзыва на иск было вызвано причинами, которые не зависели от его воли.

6. Отдельные особенности гражданского судопроизводства в Словении

Согласно праву Словении, к поведению истца до подачи иска не предъявляется каких-либо формальных требований. Проведение процедуры **досудебной** медиации не является в Словении обязательным, а у сторон нет обязанности каким-либо официальным образом сообщаться друг с другом до начала судебного разбирательства (например, посредством допроцессуальных протоколов). Таким образом, между **досудебной** и **судебной** стадиями разрешения спора не проводится формальных различий. Подготовительные действия, касающиеся будущего основного судебного заседания (см. ниже), лишь очень условно могут быть названы подготовительной стадией судебного разбирательства. В гражданском процессуальном праве Словении не используется понятие «слушание по делу» (*trial*). Гораздо чаще используется понятие «основное судебное заседание» (*glavna obravnava*), которое, несмотря на то, что оно может состоять из нескольких заседаний, воспринимается как единое процессуальное событие¹. Обычно основное судебное заседание не назначается на очень отдаленный срок (редко можно встретить случаи, когда дата основного судебного заседания становится известна ранее, чем за 30 дней до его проведения)². Нередко также можно встретить случаи, когда суд назначает дату основного судебного заседания по делу одновременно с направлением ответчику искового заявления (с учетом того, что ответчику во всяком случае должен быть предоставлен 30-дневный период для представления отзыва на иск). Однако с практической точки зрения это представляется разумным лишь по тем делам, по которым, как ожидается, у суда не возникнет необходимости совершать дополнительные действия по подготовке дела к судебному разбирательству.

Устное разбирательство по делу является обязательным элементом судебного разбирательства по любому гражданскому делу. Несмотря на то, что ст. 4 Закона о гражданском процессе закрепляется приоритет устности судебного разбирательства, фактически гражданское судопроизводство Словении представляет собой **смесь устного и письменного разбирательства**³. Зачастую практика судопроизводства

¹ L. Ude, *Civilno procesno pravo*, p. 281.

² N. Betetto, *Pospešeni pravdni postopek* // 29 *Pravna praksa*, 2004, No. 37, p. 3 sqq.

³ L. Ude, *Civilno procesno pravo*, p. 122.

по гражданским делам складывается таким образом, что роль письменных процессуальных актов скорее возрастает. С одной стороны, значение основного судебного заседания по делу уменьшается, поскольку оно, как правило, «распыляется» на серию следующих друг за другом коротких заседаний. Действительно, ст. 298.2 Закона Словении о гражданском процессе предусматривает, что судебное разбирательство по делу должно по возможности оканчиваться по итогам одного-единственного основного судебного заседания (слушания) по делу. Во исполнение этой нормы закреплен принцип процессуальной экономии (*principle of concentration*). Однако на практике редко можно встретить дела, разбирательство по которым оканчивается после проведения одного-единственного основного судебного заседания. Тем не менее в перерывах между судебными заседаниями по делу стороны нередко представляют суду свои предварительные пояснения по делу, практическое значение которых очень велико. Несмотря на то, что согласно Закону (ч. 3 ст. 286 Закона о гражданском процессе) в таких пояснениях по делу стороны должны излагать исключительно факты, на которые они будут ссылаться в судебном заседании, а не давать этим фактам правовую оценку, практика судопроизводства по гражданским делам уже очень давно ушла от ограничительного толкования данной нормы. На практике ни факты, ни доводы, изложенные в предварительных пояснениях по делу, не требуют повторного оглашения в судебном заседании¹. Еще одним правилом, благодаря которому письменное разбирательство по делу приобретает все большее значение, является обязанность ответчика представить отзыв на иск. Неисполнение ответчиком обязанности представить отзыв на иск уже само по себе является основанием для принятия по делу несостоятельного решения. Кроме того, поскольку Верховный суд Словении и суды апелляционной инстанции рассматривают дела при закрытых дверях (*in camera*), а значит, стороны и их представители лишены возможности присутствовать при разбирательстве дела и выступать устно, производство по делам, рассматриваемым этими судами почти всегда носит исключительно письменный характер, — факт, который еще раз свидетельствует в пользу того, что в действительности гражданский процесс Словении все больше тяготеет к письменному разбирательству по делам.

При распределении судебных расходов главным принципом является правило «**платит проигравший**». Если требования, заявленные стороной, были удовлетворены частично, судебные расходы возлагаются на эту сторону в соответствующем (пропорциональном) размере. Вознаграждение, выплачиваемое юристам, определяется в соответствии с Тарифом на адвокатские услуги. Необходимо отметить, что в (договорных) отношениях между адвокатом и его клиентом может быть оговорено неприменение Тарифа на адвокатские услуги и определены иные критерии, исходя из которых исчисляется размер вознаграждения, причитающегося адвокату.

В качестве правового принципа в гражданском процессе Словении представлено правило о том, что **сторона не обязана иметь представителя**; каждый вправе лично участвовать в деле, рассматриваемом судом. Единственным исключением являются дела, в которых истребуются так называемые экстраординарные средства судебной защиты (как, например, дела о пересмотре судебных актов или дела о возобновлении

¹ L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, J. Zobec, D. Wedam Lukić, *Pravdni postopek — zakon s komentarjem*, vol. 2, p. 607.

производства по делу; ч. 3 ст. 87 Закона о гражданском процессе). В таких случаях интересы стороны в суде должен представлять адвокат (кроме случаев, когда сама сторона или ее законный представитель сдали государственный экзамен по юриспруденции). Как уже было сказано, даже лицо, не обладающее специальными познаниями в области юриспруденции, может самостоятельно представлять свои интересы в суде (кроме дел, по которым истребуются экстраординарные средства судебной защиты). Тем не менее, если лицо решило, что ему необходим представитель, таким представителем может стать только адвокат или иное лицо, сдавшее государственный экзамен по юриспруденции. Только в низших судах (районных судах) полномочия адвоката могут быть предоставлены любому лицу (ч. 1 ст. 87 Закона о гражданском процессе). В любом случае только физическое лицо может быть представителем в суде. Единственным исключением из этого правила можно считать случай, когда адвокатский статус предоставлен юридической фирме (которая при этом может являться юридическим лицом; ч. 4 ст. 87 Закона о гражданском процессе).

7. Доказательства

Согласно Закону Словении о гражданском процессе суд не вправе по собственной инициативе исследовать доказательства, суд вправе исследовать лишь те доказательства, которые были представлены сторонами (ст. 7). Этот факт мог бы свидетельствовать о том, что суду, как и прежде, отводится пассивная роль в собирании доказательств. Однако такой вывод был бы неверным. Во-первых, необходимо принимать в расчет то, что суд должен задавать сторонам вопросы и давать им указания (касающиеся распределения бремени доказывания) и тем самым побуждать их к представлению новых доказательств (ст. 285 Закона о гражданском процессе)¹. Однако самым важным является то, что после представления сторонами доказательств, именно суд, а не стороны или их представители, в большей степени ответственен за получение и исследование таких доказательств. Например, именно суд, у которого есть право первым задавать вопросы свидетелям и экспертам, играет активную роль в допросе свидетелей. Только после этого свои вопросы могут задать стороны и их представители (ст. 289 Закона о гражданском процессе). Стороны не обязаны лично присутствовать при исследовании доказательств. Кроме того, обязанность сторон передавать друг другу доказательства, имеющиеся в их распоряжении, распространяется лишь на очень ограниченное число случаев. Сбор доказательств, представленных сторонам, — задача суда. Тем не менее после того, как суд исследовал представленные доказательства, сторонам должна быть предоставлена возможность в устной или письменной форме оценить их содержание.

Уже в первых пояснениях по делу (т.е. в исковом заявлении или отзыве на исковое заявление — ст. 180 и 278 Закона о гражданском процессе) каждая из сторон должна представить свои доказательства. Поскольку в Словении принята модель «фактического обоснования иска», уже в первых состязательных бумагах стороны должны раскрыть все факты, положенные в основу их требований, и указать средс-

¹ Решение Конституционного суда от 25 апреля 2002 г. No. Up 266/01, решение Верховного суда, II Ips 152/2003; Z. Trampuš, *Metode racionalnega vodenja postopka* // *Pravosodni bilten*, 1999, 2, p. 39 sqq.

тва, которыми они планируют доказывать такие факты¹. Каждая из сторон должна привести факты и представить доказательства, на которых основаны заявленные ею требования и посредством которых она предполагает опровергать факты и доказательства, представленные противной стороной (ст. 212). Однако, как уже было указано, стороны вправе представлять новые доказательства вплоть до окончания первого основного судебного заседания и даже после его окончания, если на первом основном судебном заседании по делу они докажут, что были лишены такой возможности по причинам, не зависящим от их воли. Таким образом, на практике исследование доказательств зачастую «распыляется». Неэффективность способов представления доказательств на стадии до основного судебного заседания является одним из существенных недостатков действующего в Словении Закона о гражданском процессе, которому, как уже было установлено, в целом не хватает должной регламентации стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Внесение в 2008 г. поправок в Закон о гражданском процессе частично улучшило эту ситуацию — суду было предоставлено право делать замечания, еще до начала основного судебного заседания в письменной форме задавать сторонам вопросы и предлагать им представить дополнительные доказательства (ст. 286.а Закона о гражданском процессе). Сторона, не выполнившая указания суда, может быть лишена права представить соответствующие доказательства на последующих стадиях судебного разбирательства.

Перечень **средств доказывания** законодательно ограничен (однако закон не устанавливает иерархии таких средств): обследование лиц и предметов («осмотр»), документы, свидетельские показания, объяснения сторон, пояснения эксперта. В ординарном гражданском деле суд исследует только те доказательства, которые были представлены сторонами и имеют отношение к рассматриваемому делу. В соответствии с принципом свободной оценки доказательств, все доказательства имеют одинаковую доказательственную силу вне зависимости от формы, в которой они представлены (ст. 8 Закона о гражданском процессе). Доказательства должны подтверждать факты, имеющие значения для правильного разрешения дела по существу, и только суд вправе решать, какие доказательства он положит в основу своих доводов о существовании тех или иных фактов (ст. 213 Закона о гражданском процессе). Таким образом, суд не вправе исследовать доказательства, которые не были представлены сторонами, но суд вправе не исследовать доказательства, пусть и представленные сторонами, но не относящиеся к рассматриваемому делу (т.е. такие доказательства, которые подтверждают факты, не имеющие отношения к рассматриваемому делу) (ст. 287 Закона о гражданском процессе)². Кроме того, существуют некоторые ограничения, касающиеся допустимости доказательств. Согласно прецедентному праву Конституционного суда сторона имеет конституционное право на то, чтобы любое представленное ею доказательство было исследовано судом. Право стороны не только приводить факты, но и представлять доказательства, является частью конституционного права каждого на то, чтобы быть выслушанным судом. Этому праву корреспондирует обязанность суда во всяком случае, когда у суда не имеется законных оснований для отклонения доказательства,

¹ J. Zobec, *Nesklepčnost tožbe in zamudna sodba* // 21 *Pravna praksa*, 2002, № 18, p. II.

² Решение Конституционного суда от 25 марта 1999 г. № 12/97.

принять и исследовать любое доказательство, представленное сторонами¹. В целом суд не вправе отказать стороне в исследовании доказательства, получение которого сложно по экономическим или иным причинам². В случае, если обстоятельства дела позволяют обоснованно предполагать, что истребуемое доказательство не будет предоставлено суду в ожидаемый срок, а равно если доказательство находится за границей, суд вправе установить срок, в течение которого он будет ожидать предоставления необходимого доказательства; по истечении данного срока суд вправе продолжить рассмотрение дела в отсутствие такого доказательства (ст. 219 Закона о гражданском процессе). В гражданском процессуальном праве Словении нет правила, которое запрещало бы использование свидетельских показаний, собранных вне пределов суда (показаний «с чужих слов»), в качестве доказательств. Однако показания с чужих слов, как правило, имеют меньшую доказательственную силу, чем свидетельские показания, данные непосредственно в суде, что естественным образом повлияет на оценку данного доказательства судом.

Гражданское процессуальное право Словении устанавливает весьма высокие **критерии доказанности** (в том варианте, в котором они закреплены в ст. 216 Закона о гражданском процессе). Согласно указанной норме, если суд затрудняется достоверно установить существование (отсутствие) определенного факта, он должен принимать решение исходя из распределения бремени доказывания. С практической точки зрения суд должен быть убежден в существовании определенного факта; если этого не происходит, суд принимает решение против той стороны, на которую было возложено бремя доказывания такого факта³. В доктрине, равно как и в прецедентах, строгость критериев доказанности (вкуче с весьма ограниченными возможностями представления доказательств на стадии подготовки дела к судебному разбирательству и весьма ограниченным доступом к доказательствам, находящимся у противной стороны) порой смягчается благодаря перераспределению бремени доказывания. Речь идет о категории дел (например, дела, вытекающие из врачебной ошибки), в которых истец представляет очевидные (*prima facie*) доказательства своей правоты (концепция *res ipsa loquitur*), обычно относящиеся к установлению причинно-следственной связи и ответственности лица⁴. Кроме того, некоторые авторы предлагают смягчить критерии доказанности и перестать воспринимать доказывание в гражданском судопроизводстве столь же строго, как и доказывание в уголовном судопроизводстве (у суда не должно остаться разумных сомнений в виновности лица), несмотря на то, что именно так может восприниматься норма, содержащаяся в ст. 216 Закона о гражданском процессе; следовательно, наиболее подходящим для гражданского судопроизводства является использование конструкции *наибольшей степени вероятности*. Однако в любом случае недостаточно просто прийти к выводу о том, что одни доказательства «перевешивают» другие. Эффективное использование конструкции «весомость доказательств» невозможно без учета некоторых процессуальных действий и предпосылок (обращение стороны

¹ Решение Верховного суда от 24 февраля 2000 г. No. II Ips 438/99, решение Конституционного суда от 25 апреля 2002 г. No. Up 266/01.

² N. Betetto, *Ustavna procesna jamstva v. dokaznem postopku* // 22 *Pravna praksa*, 2003, No. 21, p. 18.

³ Постановление Верховного суда от 8 июля 2004 г. No. II Ips 492/2002: «...убежден в существовании данного факта вне всяких сомнений, которые только могут быть у разумного человека».

⁴ Например, Постановление Верховного суда от 16 февраля 2006 г. No. II Ips 712/2004.

с иском в суд, наличие законных интересов), а также в отрыве от использования сторонами процессуальных средств защиты¹.

Суд может **не исследовать** очевидно ненадлежащие доказательства², однако по общему правилу суд не вправе не исследовать доказательства, представленные стороной, на том основании, что им уже сделан вывод о существовании того или иного факта. По общему правилу суд не вправе заранее оценивать доказательства (например, суд не вправе отказаться заслушивать показания свидетеля на основании того, что его показания кажутся суду ненадежными или предвзятыми, а равно по причине того, что его показания все равно не способны повлиять на выводы суда, сделанные на основе доказательств, представленных противной стороной). Принцип свободной оценки доказательств предполагает, что прежде всего доказательство должно быть исследовано³. Суд может отказать в исследовании доказательства, которое не было представлено в установленный срок. Суд также может отказать в исследовании доказательства, если представившая его сторона не указала с достаточной точностью, каково значение данного доказательства для правильного разрешения дела⁴. Более того, суд обязан отказать стороне в исследовании доказательства, предназначенного для подтверждения фактов, которые противоречат преюдициальной силе принятого ранее и вступившего в законную силу решения суда. То же самое относится и к преюдициальной силе фактов, ранее установленных приговором суда по уголовному делу, — если последующее гражданское дело вытекает из тех же фактических обстоятельств. В случае, если одна из сторон в качестве доказательства представляет объемный и запутанный массив документов (например, архивы компании), суд вправе обязать такую сторону подготовить краткое изложение представленных документов с указанием страниц, на которых содержатся те или иные сведения, имеющие значение для дела. Если сторона не исполняет данной обязанности, суд вправе считать, что эти документы были отозваны представившей их стороной (ч. 4 ст. 226 Закона о гражданском процессе).

Вопрос о том, вправе ли стороны в гражданском судопроизводстве представлять **доказательства, полученные с нарушением закона**, Законом о гражданском процессе прямо не урегулирован. Более того, до недавнего времени этот вопрос не обсуждался всерьез ни в теории, ни в прецедентной практике (в отличие от того же вопроса в уголовном процессе). Традиционно позиция по данному вопросу сводилась к тому, что любые доказательства вне зависимости от способа их получения могут быть использованы в судебном разбирательстве по гражданскому делу (несмотря на то, что сам факт незаконного получения доказательств мог повлечь за собой ответственность). Однако не так давно данный вопрос был разрешен одним из значимых прецедентов Конституционного суда⁵. Позиция, высказанная Конституционным судом, состоит в том, что по общему правилу доказательства, которые получены незаконным способом, и исследование которых может повлечь за собой нарушение конституционных прав граждан (например, права на неприкосновенность частной

¹ L. Ude, *Civilno procesno pravo*, p. 117.

² N. Betetto, *Ustavna procesna jamstva v. dokaznem postopku* // 22 *Pravna praksa*, 2003, No. 21, p. 18.

³ Решение Конституционного суда от 18 сентября 2001 г. No. Up 121/00.

⁴ Решение Конституционного суда от 25 апреля 2002 г. No. Up 266/01. См. также: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, J. Zobec, D. Wedam Lukić, *Pravdni postopek — zakon s komentarjem*, vol. 2, p. 353.

⁵ Решение Конституционного суда от 7 октября 2004 г. No. Up 472/02.

жизни — при использовании незаконных аудио- и видеозаписей), не могут быть использованы в гражданском судопроизводстве. Тем не менее суд все же должен проверить незаконное доказательство с точки зрения соразмерности нарушаемых им прав тем интересам, для защиты которых это доказательство представляется; с учетом баланса интересов, представленных в деле, а также права истца на доступ к правосудию и на то, чтобы быть выслушанным судом (составной частью этого права является право на представление доказательств), суд может в качестве исключения допустить использование доказательства, полученного с нарушением закона¹.

При назначении **экспертизы** суд руководствуется правилом о том, что по делу должен быть назначен только один эксперт, который, однако, должен полностью соответствовать требованиям независимости и беспристрастности. Поскольку эксперт воспринимается как лицо, содействующее суду в отправлении правосудия², ему может быть заявлен отвод по тем же основаниям, что предусмотрены для отвода судьи (ст. 247 Закона о гражданском процессе).

Закон о гражданском процессе не предусматривает наличие в гражданском судопроизводстве Словении специальной стадии, направленной на **раскрытие доказательств**. Законом о гражданском процессе (ст. 227) лишь предусмотрен весьма ограниченный перечень случаев, в которых стороны должны представить имеющиеся у них документы (такой подход совершенно точно является причиной того, почему для стороны, раскрывшей свои доказательства, не установлено никаких дополнительных преимуществ). Поскольку по общему правилу для истребования документа сторона должна быть способна идентифицировать такой документ, данная норма, направленная исключительно на то, чтобы пресечь сокрытие тех документов, о существовании которых достоверно известно (но не тех документов, о содержании или месте нахождения которых ничего не известно), несколько не способствует раскрытию перед судом новых обстоятельств³. Кроме того, стороны вообще не вправе требовать друг от друга раскрытия доказательств, такое полномочие есть только у суда.

С тех пор, как в 2008 г. в Закон о гражданском процессе были внесены поправки, у сторон в гражданском судопроизводстве Словении появилась (ограниченная) возможность собирать сделанные под присягой или без таковой письменные показания свидетелей⁴. Поскольку **подготовка свидетелей к даче показаний** воспринимается как нарушение правил адвокатской этики, адвокаты, как правило, не очень заинтересованы в общении с потенциальными свидетелями. Только благодаря изменениям, внесенным в 2008 г. в Закон о гражданском процессе, стороны получили возможность представлять суду письменные показания, подписанные свидетелями, а суд — право запрашивать такие показания непосредственно у самих свидетелей (ст. 236.а Закона о гражданском процессе). Тем не менее в соответствии с принципом устности судебного разбирательства и непосредственности исследования доказательств, а также исходя из необходимости соблюдения права стороны на то, чтобы быть

¹ Решение Конституционного суда от 7 октября 2004 г. No. Up 472/02.

² L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, J. Zobec, D. Wedam Lukič, *Pravdni postopek — zakon s komentarjem*, vol. 2, Ljubljana, GV Založba in ČZ UL, 2005, p. 481.

³ Постановление Верховного суда от 11 сентября 2003 г. No. II Ips, 544/2002.

⁴ N. Betetto, *Predvidene novosti v ZPP glede dokaznega postopka // 33 Podjetje in delo*, 2007, No. 6—7, p. 1073.

выслушанной судом (право задавать свидетелям вопросы является частью этого права¹), по требованию любой из сторон свидетель должен быть вызван в суд даже в случае, если его показания уже были представлены суду в письменной форме.

8. Система пересмотра судебных решений

Право обжаловать решения судов первой инстанции прямо гарантируется ст. 25 Конституции Словении. Невозможно отказаться от права обжалования, прежде чем решение суда первой инстанции будет вынесено. Сторона может отказаться от права обжалования только после того, как решение объявлено или, если оно не объявлялось, после того, как оно было вручено ей (ст. 334 Закона о гражданском процессе). В соответствии с Законом Словении о гражданском процессе (ст. 338) основаниями для обжалования судебных актов являются нарушения норм материального права, нарушения норм процессуального права и неправильное установление судом фактов (кроме фактов по исковым требованиям на небольшую сумму; ст. 458 Закона о гражданском процессе)². Нарушения процессуального права могут быть разделены на две группы: первые известны как «безусловные процессуальные нарушения», которые перечислены непосредственно в Законе (нарушение права быть выслушанным, нарушения правил подведомственности, наличие оснований для отвода судей, нарушения, касающиеся правоспособности и представления интересов сторон, нарушения правил об открытости судебного разбирательства, нарушения правил о языке, на котором ведется судопроизводство, нарушение принципов недопустимости повторного рассмотрения однажды разрешенного дела (*res iudicata*) и дела, находящегося на рассмотрении другого суда (*lis pendens*), а равно при наличии любых других обстоятельств, вследствие влияния которых решение не может быть пересмотрено: если часть решения суда стала из-за этого неясной, необоснованной, или не соответствующей выводам суда, или если решение не содержит выводов относительно обстоятельств дела, а равно если такие выводы неопределенны или внутренне противоречивы). Эти нарушения влекут ничтожность решения суда в том смысле, что апелляционный суд должен отменить решение суда, которое обжалуют, независимо от доводов о том, что данные нарушения процессуального характера привели или могли привести к неправильному разрешению судом дела по существу (ст. 339.2 Закона о гражданском процессе). Относительно всех других возможных процессуальных нарушений (известных как «относительные процессуальные нарушения»), такое решение апелляционного суда должно быть связано с ошибочностью решения суда, касающейся существа спора (ст. 339.1 Закона о гражданском процессе). Относительно ошибок, допущенных судом при установлении фактов, необходимо особо отметить, что апелляционный суд может только рассматривать доказательства и факты, заявленные во время судебного разбирательства в суде первой инстанции (ст. 337.1 Закона о гражданском процессе).

Дальнейшее обжалование в соответствии с законом называется в Словении **пересмотром** (*revizija*) и аналогично одноименным процедурам, например, в немецком

¹ Решение Конституционного суда от 16 января 1997 г. No. Up 39/95.

² См.: L. Ude, *Civil procedure*, Ljubljana, ČZ UL, 2002, p. 324 sqq.

или австрийском праве. Пересмотр судебных актов также может быть сравнен с *кассационным производством*, например, в французском или итальянском праве¹. Он позволяет обратиться в Верховный суд и направлен, таким образом, на реализацию конституционной функции Верховного суда, состоящей в унифицировании прецедентного права. В праве Словении пересмотр, как полагают, является экстраординарным средством судебной защиты. Он не устраняет ни законную силу решения, ни свойство исключительности судебного решения (ст. 369 Закона о гражданском процессе). Однако, если пересмотр обоснован, оспариваемое решение может быть изменено или отменено. Основаниями для пересмотра являются нарушения норм материального и процессуального права; в частности, можно ссылаться на большинство так называемых безусловных процессуальных нарушений и лишь на те из «относительных процессуальных нарушений», которые были допущены при разбирательстве в суде апелляционной инстанции. С реформой 2008 г. законодатель изменил критерии допустимости пересмотра, так что в итоге пересмотр теперь составляет институт, доступность которого почти полностью зависит от **усмотрения Верховного суда**. Особое значение уделяется той роли, которую играет Верховный суд в создании прецедентов и, таким образом, в унификации прецедентного права, разъяснении актуальных вопросов применения права. Только при цене иска свыше 40 тыс. евро (200 тыс. евро — по коммерческим спорам) стороны приобретают право на пересмотр судебных актов в силу прямого указания закона, но не благодаря усмотрению Верховного суда.

9. Альтернативные способы урегулирования споров (АСУС)

За прошедшие два десятилетия в Словении значительное внимание уделялось развитию АСУС. Во-первых, экспериментальные проекты разрешенного судом посредничества были введены в некоторых судах Словении (на основе лучшего опыта, позаимствованного у США, Англии и Нидерландов). Вскоре Закон о гражданском процессе был изменен с тем, чтобы ввести совещания по урегулированию спора как (почти) обязательную процедуру перед основным судебным заседанием. Закон о гражданском процессе ограниченно признает формы и внесудебного АСУС — вне зависимости от того, проводились ли такие действия помимо всякого участия суда или по программам АСУС, разработанным для разрешенного судом посредничества². Суд может приостановить рассмотрение дела на срок до трех месяцев, если стороны пришли к соглашению об использовании процедуры АСУС (таким образом, законодатель явно признал важность уже применяемых программ санкционированного судом посредничества). В 2008 г. был принят Закон о посредничестве по гражданским и коммерческим делам (его положения во многом следовали положениям, содержащимся в обеих Директивах ЕС о посредничестве, также положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре). Кроме того, в 2010 г. вступил в силу Закон о санк-

¹ Ibid., p. 337.

² N. Betetto, *Pravdnemu postopku pridružena mediacija* // 27 *Podjetje in delo*, 2001, No. 6–7, p. 1264–1271; Eiusdem, *Court-based mediation and its place in Slovenia* // Van Rhee, Uzelac (eds.), *Public and Private Justice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, ch. M.

ционированных судом альтернативных способах урегулирования споров. Этот Закон имеет огромное значение, поскольку он требует от каждого суда первой инстанции Словении (включая суды по трудовым делам и отделения по семейным делам) предлагать сторонам, ожидающим разрешения их спора по существу, как минимум одну из форм АСУС. АСУС остается добровольной процедурой, но отказ от ее прохождения может выразиться в том, каким образом между сторонами распределяются судебные расходы (следуя положительному опыту Великобритании). Если сторона не участвует в предлагаемых слушаниях АСУС без достаточных на то оснований, это может иметь негативные последствия для нее, когда по окончании судебного разбирательства дело дойдет до распределения судебных расходов. Как уже было отмечено, в судах Словении более 10 лет применяются экспериментальные, разрешенные судом схемы посредничества. Они начали применяться без явно выраженного законодательного основания. Таким образом, новый Закон в большей или меньшей степени просто формально признал практику и схемы АСУС, которые уже работали в Словении (как разрешенные судом АСУС) на протяжении некоторого времени. Можно прийти к заключению, что с вышеупомянутым Законом Словения приняла доктрину «многовариантного рассмотрения дел судом», как это произошло в ряде других стран с системой общего права.

Нормативная база АСУС соответствует также и коммерческому арбитражу, поскольку недавно в Словении был принят новый закон об арбитраже, который во многом основан на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ о постоянно действующем третейском суде. Такой третейский суд будет создан при Торговой палате Словении, также действующей уже на протяжении очень долгого времени. Однако в действительности в Словении арбитраж недостаточно развит как средство урегулирования коммерческих споров.

10. Заключительные примечания

В настоящее время нет никаких планов относительно главной реформы гражданского процесса в Словении. Однако, по моему мнению, все еще есть много возможностей для усовершенствования гражданского процессуального права Словении, которые в особенности могут касаться следующих вопросов: 1) процедура раскрытия сторонами имеющихся у них документов должна быть более детально урегулирована и упрощена; 2) институт распределения судебных расходов на оплату услуг представителей должна быть изменена в том смысле, чтобы она предотвратила бы «распыление» судебного разбирательства, постоянное отложение заседаний и в самом общем смысле тактику затягивания разбирательства по делу; 3) несмотря на то что поправки, внесенные в 2008 г., принесли некоторые улучшения, касающиеся подготовительного этапа судебного разбирательства, необходимо уделить ему еще большее внимание; необходимо развивать сотрудничество между судом и представителями, направленное на установление сроков совершения конкретных процессуальных действий и судебного разбирательства вообще; 4) должны быть приняты дальнейшие меры, направленные на уменьшение количества дел, рассматриваемых судом и продвижение альтернативных способов урегулирования споров (таких как допроцессуальные протоколы); 5) введение специальных упрощенных производств, которые позволили бы суду быстро рассматривать простые иски

требования и возражения по ним; 6) поощрение использования современных технологий в гражданском процессе.

Развитие гражданского процессуального права начиная с 1990-х гг. было в Словении довольно бурным. На первых порах дебаты относительно реформы были обременены множеством идеологических вопросов (например, относительно пассивной или активной роли судьи), что очевидно говорило об отсутствии серьезных знаний исторических и сравнительных аспектов гражданского процесса. В прошлое десятилетие дебаты, однако, стабилизировались и теперь сосредоточены на тех же проблемах, что и дебаты в любых сопоставимых странах, которые недавно осуществили или планируют осуществить реформы гражданского процесса. Сравнительно-правовое исследование сопровождает каждую сферу реформы. Таким образом, австрийское и немецкое право все еще является вдохновляющим для правовых реформ Словении, что естественно, поскольку их гражданские процессуальные законы наиболее тесно связаны со словенским языком (в силу чего языковым элементом нельзя пренебрегать). Однако очевидно, что должны учитываться примеры и из других правовых культур и определенные осуществленные реформы, соответствующие международным тенденциям гражданского процесса, в первую очередь те, что касаются (1) развития АСУС, (2) усовершенствования стадии подготовки дела к судебному разбирательству, (3) наделения судей большим усмотрением с целью приспособить заседания к специфическим особенностям каждого отдельного дела; (4) усиления как полномочий судьи, так и обязанностей сторон, направленных на ускорение и улучшение качества рассмотрения дела по существу; (5) изменения роли Верховного суда и исправления критериев допустимости для обращения в Верховный суд.

Относительно практического аспекта функционирования гражданского судопроизводства в Словении отмечается один негативный фактор — институты, введенные в действие в 2008 г. и разработанные с целью улучшения стадии подготовки дела к судебному разбирательству, все еще редко используются на практике и не находят поддержки как у некоторых судей, так и у некоторых адвокатов. Это не является неожиданностью, поскольку эти средства требуют тщательной подготовки перед каждым судебным разбирательством и высоких профессиональных знаний как судьи, так и адвокатов. Это, безусловно, должно приветствоваться. Но, к сожалению, на практике довольно часто можно встретить ситуацию, когда и судья, и адвокаты приходят в первое основное судебное заседание без какой бы то ни было подготовки, а некоторые судьи и адвокаты в первом основном судебном заседании только начинают действительно знакомиться с делом.

Вместе с тем, по моему глубокому убеждению, главным негативным фактором, исходящим от тех, для кого предназначена судебная система, является неуважение к власти и высокому положению судов. Это беспокоит в особенности потому, что неуважение к суду исходит не только от конкретных средств массовой информации и постоянных участников судебных разбирательств, но и от политических деятелей (и политических партий), которые вовлечены в судебные дела. Это, в частности, выражается в стиле тех комментариев, которые даются ими по поводу продолжающихся и проигранных дел, в использовании оскорбительных высказываний, в игнорировании судебных заседаний, в отказах получать документы, исходящие от суда, (!) и даже в отказах добровольно исполнить обязательства, возложенные решением суда (в силу чего приходится прибегать к исполнительному производству). Политическим

деятелям в особенности необходимо знать следующее: своим поведением они подают пример, который должен, вероятно, поддерживаться широкой публикой. Также они должны иметь в виду опасность того, что доверие общества к судам как надежному и законному способу решения споров, может быть подорвано. Таким образом, положение судебной власти как одной из трех основных ветвей государственной власти оказывается подорванным (не исключено, что это сделано осознано), что само по себе внушает опасения, ибо в отличие от власти законодательной и исполнительной судебная власть гораздо более уязвима к такого рода нападкам.

Вячеслав Комаров¹

УКРАИНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

РЕФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ И ПРОБЛЕМА ГЛОБАЛИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

Введение

В последние годы в результате расширения научной проблематики значительно повышается самоценность науки гражданского процессуального права. В науковедческом аспекте это выражается в некоторых определяющих постулатах, которые составляют основу научных исследований.

Прежде всего речь идет о научной традиции интерпретировать гражданско-процессуальную проблематику через механизм процессуальных гарантий осуществления правосудия по гражданским делам. В процессуальной доктрине также осознается, что институты правосудия и судопроизводства должны модернизироваться в соответствии с вызовами современного общества исходя из такого очевидного цивилизационного факта, как фундаментализация прав человека в пределах национального и интернационального правопорядков.

В условиях интернационализации правовых отношений и необходимости повышения эффективности защиты права в сфере внешнеэкономической деятельности, прав и свобод физических и юридических лиц актуальными становятся проблемы не только международного сотрудничества и международной правовой помощи по гражданским делам, но и взаимодействия национальных и международных процессов в области защиты гражданских прав — взаимозависимости национальных гражданско-правовых процедур, взаимосвязи рассмотрения дел в международных и национальных судах. То есть речь идет о проблематике современного гражданского процесса в глобальном контексте².

¹ Первый проректор, заведующий кафедрой гражданского процесса, профессор Национального университета «Юридическая академия имени Ярослава Мудрого» (Украина).

² См.: P. Le Goff, *Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization* // *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Spring 2007, p. 119–145; J.H. Rubinstein, *Global Litigation (International law's*

Текущие реформы и поиски модели современного гражданского процесса Украины

В конце 50-х — начале 60-х гг. XX в. в Советском Союзе и союзных республиках проводились широкомасштабные законодательные работы. Их результатом, в частности, стало принятие Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик. На их базе Верховные Советы союзных республик принимали гражданские процессуальные кодексы. Гражданский процессуальный кодекс УССР (в дальнейшем ГПК 1963 г.) был принят 18 июля 1963 г. и введен в действие с 1 января 1964 г.

В сравнении с предшествующими ГПК УССР 1924 г. и ГПК УССР 1929 г. ГПК 1963 г. был более совершенным законодательным актом как с точки зрения юридической техники, так и содержания его институтов и отдельных норм.

Основными характерными чертами ГПК 1963 г. были следующие:

- формирование судебных инстанций в соответствии с трехуровневой системой судов, которая повторяет административно-территориальное устройство;
- создание единого процесса в первой инстанции;
- введение института народных заседателей;
- активное участие прокурора в гражданском процессе;
- оттеснение на задний план деятельности адвоката;
- повышенная активность судей и недостаточность права сторон на распоряжение;
- внедрение принципа рассмотрения гражданских дел в интересах выяснения правды (объективной истины);
- создание одноступенчатой системы обжалования;
- институт протеста на предмет законности судебных решений.

Специфика гражданского процесса по ГПК 1963 г. особенно проявлялась в принципах диспозитивности и состязательности. Закрепление принципа диспозитивности и принципа состязательности в Кодексе осуществлялось в правовой форме, которая концептуально исходила из единства интересов личности и интересов государства и общества, а также требования объективной истины как цели гражданского судопроизводства.

В соответствии с первичной редакцией ст. 5 ГПК 1963 г. суд приступал к рассмотрению гражданского дела по заявлению лица, которое обращается за защитой своего права или охраняемого законом интереса; по заявлению прокурора; по заявлению органов государственного управления, профсоюзов, государственных учреждений, предприятий, колхозов и других кооперативных и общественных организаций или отдельных граждан в случаях, когда они могут обращаться в суд за защитой прав и интересов других лиц.

Статья 15 ГПК 1963 г. предусматривала обязанность суда, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями сторон, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон. Суд был обязан разъяснять лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждать

new importance in the U.S. The Supreme Court's latest term provides the most recent example) // The National Law J., Monday, September 15, 2003; Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М.: Спарк, 2000. С. 9—17; Алексеев С.С. Линия права. М.: Статут, 2006. С. 114—137, и др.

о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий и предоставлять лицам, участвующим в деле, содействие в осуществлении их прав.

Статья 30 ГПК 1963 г. предусматривала, что каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. Доказательства подаются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Вместе с тем, если представленные доказательства недостаточны, суд должен был предложить сторонам и другим лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства или собирать их по своей инициативе.

ГПК 1963 г. предусматривал также существенную роль прокурора в гражданском судопроизводстве.

Особо следует отметить, что Кодекс ввел институт протеста на предмет законности судебных решений вопреки классическим институтам апелляции и кассации. Статья 328 ГПК 1963 г. предусматривала, что опротестовывать в порядке судебного надзора решения и другие акты суда, вступившие в законную силу, имеет право Генеральный прокурор и другие подчиненные ему прокуроры, а также Председатель Верховного Суда, некоторые другие должностные лица Суда.

В период с 1991 по 1996 г. в ГПК 1963 г. вносится ряд существенных изменений, которые в целом свидетельствуют об определенных попытках модификации гражданского процесса. Так, была внесена коррекция в определение функций гражданского процесса. Последующая редакция ст. 2 ГПК, согласно Закону Украины от 15 декабря 1992 г., предусмотрела, что задачами гражданского судопроизводства является охрана прав и законных интересов физических, юридических лиц, государства путем всестороннего рассмотрения и разрешения гражданских дел в полном соответствии с действующим законодательством.

Следует отметить также как позитивную тенденцию реформирования гражданского процесса, связанную с расширением юрисдикции гражданских судов.

К принципиальным изменениям относятся те, которые связаны с новой регламентацией принципа состязательности. Законом Украины от 2 февраля 1996 г. изменена ст. 15 и ст. 30 ГПК. В соответствии с новой редакцией ст. 15 ГПК рассмотрение гражданских дел в судах проводится на началах состязательности и суд обязан способствовать в осуществлении прав сторонами. Согласно ст. 30 ГПК каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. В случаях, когда в истребовании доказательств у сторон и других лиц, участвующих в деле, имеются трудности, суд по их ходатайству содействует в истребовании доказательств.

Законом Украины от 15 декабря 1992 г. была изменена ст. 13 ГПК, которая упразднила прокурорский надзор в гражданском судопроизводстве, предусмотрев что прокурор принимает участие в рассмотрении гражданских дел по заявлениям в защиту интересов государства или прав и законных интересов граждан, которые по состоянию здоровья или по другим уважительным причинам не могут защитить свои права.

28 июня 1996 г. была принята новая Конституция Украины, которая закрепила приоритет прав человека, — права и свободы человека и гражданина защищаются судом, каждому гарантируется право на обжалование в суде действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц (ст. 55).

Конституция Украины также закрепила основы формирования судебной системы и правосудия. Так, согласно ст. 124 Конституции Украины правосудие осуществляется исключительно судами. Статья 125 предусмотрела создание апелляционных судов и введение апелляции, которая не была известна действующему к тому времени процессуальному законодательству.

Согласно Переходным положениям Конституции Украины полномочия Верховного Суда Украины оставались действующими в соответствии с законодательством, которое предусматривало пересмотр судебных решений, не вступивших в законную силу, в порядке надзора. Естественно, что окончание срока действия Переходных положений Конституции Украины в части положений о полномочиях Верховного Суда Украины стало фактором, который подтолкнул законодателя принять срочные меры по приведению действующего законодательства (судоустройственного и процессуального) в соответствии с Конституцией Украины.

Законом Украины от 21 июня 2001 г. в ГПК были внесены новеллы, связанные с введением апелляции и кассации (разд. 40, 41 ГПК). Непринятие этих новелл вывело бы судебную систему и судопроизводство за пределы конституционного поля.

Существенные изменения коснулись и института пересмотра решений по вновь открывшимся обстоятельствам. Было предусмотрено такое специальное основание пересмотра, как признание неконституционным закона, который был применен судом при рассмотрении дела (ч. 2 ст. 347-2 ГПК).

Глава 42 ГПК, кроме оснований пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам, предусмотрела также основания пересмотра судебных актов по исключительным обстоятельствам, чем была введена по существу новая форма пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу. Основаниями пересмотра дела по исключительным обстоятельствам предусматривались: выявление после кассационного рассмотрения дела неодинакового применения судами общей юрисдикции одного и того же положения закона или его применения вопреки нормам Конституции Украины, а также если решениями международного судебного учреждения, юрисдикция которого признана Украиной, установлен факт нарушения Украиной международных обязательств (ч. 3 ст. 347-2 ГПК).

Гражданский процессуальный кодекс Украины 2004 г.

В результате новеллизации ГПК 1963 г. и особенно после «малой судебной реформы» 2001 г. стало очевидным, что принятие нового ГПК Украины — дело недалекого будущего. 18 марта 2004 г. ГПК был принят и введен в действие с 1 января 2005 г. (в дальнейшем — ГПК 2004 г.) В целом этот Кодекс отличается от предыдущего не только содержанием, новыми институтами, но и в известной мере концептуально, т.е. моделью и структурой гражданского судопроизводства.

Согласно ч. 1 ст. 2 ГПК 2004 г. гражданское судопроизводство осуществляется в соответствии с Конституцией Украины, с этим Кодексом и Законом Украины «О международном частном праве». Важно, что к источникам гражданского процессуального права относятся и международные договоры. В соответствии с ч. 2 ст. 2 ГПК, если международным договором предусмотрены правила, не установленные этим Кодексом, применяются правила международного договора.

Производным источником гражданского процессуального права также является решение Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), особенно в части применения ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКПЧ) относительно права на справедливое судебное разбирательство. В соответствии со ст. 17 Закона Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» суды Украины применяют Конвенцию и решения Европейского суда как источник права.

Специфическим источником гражданского процессуального права являются также и решения Конституционного суда Украины.

ГПК 2004 г. состоит из 11 разделов. Сначала Кодекс содержал разделы: I. Общие положения; II. Приказное производство; III. Исковое производство; IV. Особое производство; V. Пересмотр судебных решений; VI. Процессуальные вопросы, связанные с исполнением судебных решений в гражданских делах и решений других органов (должностных лиц); VII. Судебный контроль за исполнением судебных решений; VIII. О признании и исполнении решений иностранных судов в Украине; IX. Восстановление утраченного судебного производства; X. Производство по делам при участии иностранных лиц; XI. Заключительные и переходные положения. Позднее Законом Украины от 3 февраля 2011 г. «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Украины относительно обжалования решения третейского суда и выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда» ГПК был дополнен разд. VII-I «Производство по делам об обжаловании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное выполнение решений третейских судов».

Основные характерные черты ГПК 2004 г. можно свести к следующим:

- адаптированность режима гражданского судопроизводства к конституционным основаниям правосудия и развития потенциала, профессионализма судебной практики;
- диверсификация процесса в суде первой инстанции (введено приказное производство и заочное рассмотрение дела);
- преимущественно единоличное рассмотрение гражданского дела в суде первой инстанции и повышенная роль председательствующего судьи в процедурах пересмотра судебных решений;
- статус прокурора «уравнен» со статусами аналогичных участников судопроизводства (Уполномоченный Верховной Рады по правам человека, органы государственной власти и органы местного самоуправления и др., которые могут защищать права этих лиц);
- повышение роли адвоката и институтов правовой помощи;
- либеральная модель состязательности и нивелирование избыточной активности суда, усиление права сторон на распоряжение;
- внедрение принципа справедливого рассмотрения гражданских дел как цели гражданского судопроизводства, отказ от принципа рассмотрения дела в интересах установления объективной истины;
- создание двухступенчатой системы обжалования как минимального стандарта доступности правосудия;
- сохранение института пересмотра судебных решений по исключительным обстоятельствам, его инстанционное сочетание с кассацией в пределах полномочий Верховного Суда Украины, который был введен в ГПК 1963 г.

Наиболее принципиальным представляется адаптация режима гражданского судопроизводства к конституционным основаниям правосудия, что составило основу ГПК 2004 г. Конституционные основания правосудия – это логико-гносеологические концепты, которые, с одной стороны, отражают сферу конституционно-правового регулирования судебной власти и правосудия, а с другой – являются теоретическими предпосылками для интерпретации гражданского процессуального законодательства в контексте конституционно-правового режима гражданского судопроизводства. Анализ Конституции Украины с этой точки зрения позволяет определить, по крайней мере, такие конституционные основания гражданского судопроизводства:

1. Суд – независимый орган в триаде властей, который должен иметь исключительную прерогативу осуществлять правосудие, а конституционное право на судебную защиту приобретает абсолютное значение.
2. Дифференциация судебной юрисдикции и форм судопроизводства исходя из конституционных положений о территориальности и специализации организации судебной власти и наличии хозяйственных и административных судов.
3. Принципы правового государства и верховенства права как детерминанты функционирования судопроизводства, которые определяют характер и содержание правового статуса гражданина и органов судебной власти.
4. Конституционные принципы судопроизводства – наивысшие по значимости правовые ценности, характеризующие режим судопроизводства.
5. Постулат соблюдения конституционных прав граждан, т.е. таких фундаментальных ценностей, которые определяют сферу абсолютных прав и свобод как первичных объектов судебной защиты.
6. Доступность правосудия как современная социально-правовая характеристика функционирования судопроизводства.

Структура гражданского процесса Украины

Задачами гражданского судопроизводства является справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел с целью защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц, интересов государства (ст. 1 ГПК 2004 г.).

Структурно в соответствии с ГПК гражданское судопроизводство является системой судебного производства – искового, приказного и особого производства, производства по делу досудебного разбирательства. Исходя из инстанционности судебной системы и процессуальных функций судов различных инстанций, кроме производства в суде первой инстанции (искового, приказного и особого, производства по делу досудебного разбирательства), гражданское судопроизводство как система состоит из апелляционного, кассационного производства и производства дел в Верховном суде Украины. Кроме того, ГПК предусматривает такие специфические производства, как пересмотр судебных решений, определений и постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам (гл. 4 разд. V ГПК), производство по делам об отмене решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов (разд. VI-1 ГПК),

восстановление утраченного судебного производства (разд. IX ГПК), производство по делам с участием иностранных лиц (разд. X ГПК).

Как видно, гражданское судопроизводство — это прежде всего асимметричная система различных судебных производств. Такая асимметричность судебных производств означает реальную дифференциацию судебных процедур и известную гибкость гражданского судопроизводства, адаптированную к осуществлению задач гражданского судопроизводства, а сами судебные производства как структурные компоненты гражданского процесса имеют системообразующий и субстанциальный характер. Не случайно в теории юридического процесса обращается внимание на концептуальность категории производства гражданского процесса и на то, что судебное производство является базовой конструкцией юридического процесса¹.

В свете таких подходов очевидно, что современный гражданский процесс, базируясь на искомом производстве и его институтах, все же отражает специфический стиль национального гражданского процесса, основанного на фундаментальном искомом производстве, которое является формой осуществления судебной власти и правосудия по гражданским делам, и других судебных производствах — приказном и особом. В украинской теории гражданского процессуального права приказное и особое производства квалифицируются как такие, которые имеют квазиправосудный характер².

Эффективность гражданского процесса определяется процессуальной инстанционностью и ролью высших судов. В соответствии с п. 8 ст. 129 Конституции Украины и ст. 13 ГПК гарантируется апелляционное и кассационное обжалование решений судов, а законодательством предусмотрены соответствующие полномочия Высшего специализированного суда Украины как кассационного суда по рассмотрению гражданских и уголовных дел и Верховного суда Украины.

В гражданском процессе Украины реализован принцип трехинстанционности. Он заключается в том, что гражданский процесс структуризуется на производства по рассмотрению дел тремя судебными инстанциями. При классической трехинстанционности система инстанционных производств строится на том принципиальном положении, что рассмотрение дела по существу должно осуществляться двумя инстанциями. Данными инстанциями разрешаются как вопрос факта, так и вопрос права, а третья инстанция является контрольной (ревизия или кассация).

Хотя в гражданском судопроизводстве Украины воплощена классическая модель трехинстанционности, вместе с тем особенностями гражданского судопроизводства является то, что инстанционность структуры гражданского процесса отражает специфичность действующей судебной системы с учетом статуса Верховного суда Украины как высшего судебного органа в судебной системе (ст. 125 Конституции Украины), который до принятия Закона Украины от 7 июля 2010 г. «О судостроительстве и статусе судей» был судом кассационной инстанции. Данный Закон существенно скорректировал функции Верховного суда Украины (ст. 38 Закона).

Согласно ст. 355 ГПК заявление о пересмотре судебных решений Верховным судом Украины может быть подано исключительно по основаниям: 1) неодинако-

¹ См.: Теория юридического процесса / Под общ. ред. В.М. Горшенева. Х.: Вища школа, 1985. С. 71–91.

² См.: Окреме провадження: монографія / В.В. Комаров, Г.О. Світлічна, І.В. Удальцова; За ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. С. 38–40; Курс цивільного процесу: Підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; За ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. С. 658–660, 696–705.

вого применения судом (судами) кассационной инстанции одних и тех же норм материального права, что привело к принятию разных по содержанию судебных решений в аналогичных правоотношениях; 2) установления международным судебным учреждением, юрисдикция которого признана Украиной, нарушения Украиной международных обязательств при разрешении дела судом.

Деятельность Верховного суда Украины, как следует из его процессуальных функций, не имеет признаков кассационного пересмотра, но влияет на формирование единства судебной практики, а также на обеспечение соответствия актов правосудия международным обязательствам Украины. Очевидно, что полномочия Верховного Суда Украины и дифференциация процессуальных функций судов различных инстанций составляют специфическую модель организации гражданского судопроизводства и соответственно определяют новую, специфическую роль Верховного суда Украины.

Существующая модель пересмотра судебных решений Верховным судом Украины определенным образом является следствием трансформации существующей до внесения изменения модели пересмотра судебных решений по исключительным обстоятельствам (гл. 3, разд. V ГПК 2004 г.).

Изменения, которые были внесены в ГПК 2004 г. в связи с принятием действующего Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей», вызывали немало дискуссий¹. Толчком для принятия этого Закона стало решение Конституционного суда Украины от 11 марта 2010 г. № 8-рп/2010 (дело № 1-1/2010) по конституционному представлению 46 народных депутатов о толковании понятия «кассационное обжалование», которое содержится в ст. 125, 129 Конституции Украины. В этом решении Конституционный суд пришел к выводу, что определение в п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституции Украины как одного из основных начал судопроизводства «обеспечения... кассационного обжалования решения суда» в системной связи с положениями ч. 1 ст. 8, ст. 125 Основного закона Украины означает лишь одноразовое кассационное обжалование и пересмотр решения суда; законом могут быть предусмотрены и другие формы обжалования и пересмотра решений судов общей юрисдикции; определение, содержащееся в ч. 3 ст. 125 Конституции Украины, высших судов как высших судебных органов специализированных судов означает, что высшие суды осуществляют по основаниям и в пределах, установленных законами о судопроизводстве, полномочия суда кассационной инстанции в отношении решений соответствующих специализированных судов; определение, данное в ч. 2 ст. 125 Конституции Украины, Верховного суда Украины как высшего судебного органа в системе судов общей юрисдикции означает, что конституционный статус Верховного суда Украины не предусматривает наделения его законодателем полномочиями

¹ См.: *Сірий М.* Кассация. Чье слово последнее? // Дзеркало тижня. № 13 (793). 3–9 апреля 2010; Украина слишком снизила роль Верховного суда – Венецианская комиссия [Электронный ресурс]: [16 октяб. 2010 р., 18:11] // Подробности: по материалам УНИАН // <http://podrobnosti.ua/power/2010/10/16/723608.html>; *Колычев В.* Мнение Венецианской комиссии – не догма // 2000: Еженедельник. 2010. 29 окт. – 4 нояб. (№ 43). С. 6–7 // <http://2000.net.ua/2000/forum/mnenie/69749>; Звернення суддів Верховного Суду України до Президента України // Вісн. Верхов. Суду України. 2010. № 5. С. 8; *Гусаров К.В.* Повторная кассация и производство по исключительным обстоятельствам в процессуальном праве Украины: позиция Конституционного Суда // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 5. С. 41–44; *Он же.* Инстанционное построение судов гражданской юрисдикции в Законе Украины «О судостроительстве и статусе судей» // Там же. 2010. № 9. С. 26–28.

суда кассационной инстанции в отношении решений высших специализированных судов, которые реализуют полномочие кассационной инстанции¹.

Факторы глобализации гражданского процесса как теоретические основания исследования его эффективности

Фактором глобализации гражданского процесса в современных условиях является фундаментализация прав человека и права на справедливое судебное разбирательство.

В этом смысле ратификация Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод стала важным событием для правовых систем государств — членов Совета Европы. Собственно, можно говорить о новых существенных феноменологических аспектах влияния ЕКПЧ на практику судопроизводства и возможности формирования опыта национальных судов, связанного с применением ЕКПЧ. Как заметил Микеле де Сальвиа, национальный судья отныне связан задачей провозглашения права как судья по правам и свободам, и тем самым он является первым судьей по правам человека. Следовательно, лицо, которое обращается в суд, знает, что оно имеет право ссылаться в судах на Европейскую конвенцию в том смысле, в котором она трактуется Страсбургским судом².

Пункт 1 ст. 6 ЕКПЧ среди конвенционных прав, которые должны гарантироваться государствами, закрепляет право каждого в случае спора о его гражданских правах и обязанностях на справедливое и публичное судебное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или защита частной жизни сторон или в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо при особых обстоятельствах, когда бы гласность нарушала интересы правосудия³.

Европейский суд по правам человека, рассматривая дела относительно нарушения права на справедливое судебное разбирательство, толкует указанную статью не только как содержащую детальное описание гарантий, представленных сторонам по гражданским делам, но и защищающую в первую очередь то право, которое дает возможность практически пользоваться такими гарантиями, — доступ к суду, поскольку такие характеристики процесса, как справедливость, публичность, динамизм, лишаются смысла, если нет самого судебного разбирательства⁴. Таким образом, представляется, что право на справедливое судебное разбирательство, закрепленное в п. 1 ст. 6 ЕКПЧ, необходимо рассматривать шире, чем оно прописано в указанной норме, а именно как право на доступ к правосудию, которое хотя и непосредственно

¹ Вісник Конституційного суду України. 2010. № 3. С. 7—13.

² *Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 21.

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Застосування в Україні. К.: М-во юстиції України, 2006. С. 11.

⁴ Европейский суд по правам человека: Изб. решения. В 2 т. Т. 1. М.: НОРМА, 2000. С. 45.

не предусмотрено в ЕКПЧ, но следует из нее. Иными словами, государства — участники ЕКПЧ обязаны создавать достаточные и оптимальные условия по обеспечению доступности правосудия как общепризнанного международного стандарта справедливого судопроизводства.

Фундаментализация прав человека и признание права на справедливое судебное разбирательство как интегрирующего фактора национальных процессуальных систем стали основанием для последующих коллективных усилий по гармонизации политики повышения эффективности гражданского судопроизводства. Заинтересованность международного сообщества в доступности правосудия как единого и универсального стандарта справедливого судопроизводства, необходимого для обеспечения защиты прав и свобод, гарантированных в каждом демократическом правовом государстве, и введении этого стандарта в национальные правовые системы способствовала тому, что усилиями стран — участников Совета Европы, как известно, были выработаны и приняты Комитетом министров Совета Европы резолюции и рекомендации по вопросам обеспечения более простого доступа граждан к эффективному правосудию.

В последние годы существенную роль в политике развития гражданского судопроизводства играет Европейская комиссия по эффективности правосудия (*СЕРЕЈ*), созданная Комитетом министров Совета Европы в сентябре 2002 г. Основной задачей Комиссии является разработка конкретных рекомендаций государствам — членам Совета Европы для:

- эффективного продвижения существующих европейских инструментов, касающихся организации правосудия;
- обеспечения общей политики относительно судов с учетом интересов потребителей системы правосудия;
- предотвращения нарушений ст. 6 ЕКПЧ и соответственно уменьшения количества дел в Европейском суде по правам человека

В декабре 2004 г. *СЕРЕЈ* подготовила доклад «Европейские судебные системы: факты и данные». Доклад был результатом первого экспериментального исследования, построенного на социологическом опросе, касающемся оценки судебных систем. Целью исследования было получение сопоставимых объективных количественных и качественных данных об организации и функционировании 40 судебных систем 46 государств — членов Совета Европы. Доклад был одобрен седьмой пленарной сессией *СЕРЕЈ* (июль 2006 г.), в него также вошли сообщения, подготовка которых координировалась национальными корреспондентами, назначенными государствами¹.

Фактором глобализации гражданского процесса выступает и эволюция его типологических моделей.

Развитие гражданского процесса нового времени, как известно, происходило на протяжении многих веков внутри разных правовых культур. Зарубежные процессуалисты, особенно западные, ведут интенсивный поиск современного понимания гражданского процесса, таких его признаков, которые характеризуют природу, потенциальные возможности и эффективность. В сущности, речь идет о моделях

¹ См.: *European judicial systems*, ed. 2006 (2004 data) / European Commission for the Efficiency of Justice (СЕРЕЈ), Council of Europe, 2006, Printed in Belgium.

гражданского процесса, которые отражают уровень правовой культуры, что является крайне важным с точки зрения и законодательных тенденций, и концептуальных принципов науки гражданского процессуального права. На наш взгляд, последние кодификации гражданского процессуального законодательства в европейских странах подтверждают синхронность как модернизации процессуального законодательства, так и актуализации развития процессуальной доктрины. Достаточно лишь обратить внимание на реформы гражданского процесса, проходящие в Германии, Франции, Англии, других западноевропейских странах, странах Центральной и Восточной Европы, а также на объем выходящей сегодня научной литературы по данной проблематике¹. Кроме того, наблюдается четко выраженная тенденция конвергенции различных национальных и континентальных культур гражданского процесса, активизация поиска моделей эффективного судопроизводства, обусловленная необходимостью обеспечения доступности правосудия.

К примеру, последняя реформа гражданского судопроизводства в Англии и существенные изменения гражданского процессуального законодательства США свидетельствуют об отходе от чистой состязательности как типологической характеристики англосаксонского гражданского процесса стран общего права. Эти тенденции достаточно широко комментировались в научной литературе и при анализе судебной практики². Что касается Англии, то, как известно, реформы лорда Вульфа впервые совершили серьезный прорыв в состязательной системе гражданского судопроизводства и закрепили принцип судебного руководства процессом.

Проблема современных моделей гражданского судопроизводства как крайне актуальная обсуждалась на многих конференциях Международной ассоциации процессуального права, в частности на конференции «Будущее категорий – категории будущего» (*The future of Categories – Categories of the future*) (3–5 июня 2009 г., Торонто). Основная тема конференции сводилась к тому, что реформы и гармонизация гражданского процесса все более и более нивелируют различия между системами гражданского процесса стран общего и континентального права. Однако главное состоит в том, что старые категории стали менее актуальными для характеристики моделей гражданского процесса как концептуальных основ конструирования механизмов урегулирования споров. Лейтмотивом конференции стал тезис о том, что изменения, происходящие в обеих системах и в роли участников гражданского процесса – сторон, адвокатов и свидетелей, роли судей и суда как органа судебной

¹ См.: V. Komarov, *Zivilprozeßgesetzgebung der Ukraine und Reformierung des Zivilprozeßrechts* // *ZZPInt*, 1999, № 4, p. 361–379; Веливич С., Вишинская В. Основные черты гражданского процессуального права Литвы // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 4. С. 28–32; № 5. С. 42–44; СНГ: реформа гражданского процессуального права: Материалы межвузов. конференции / Под общ. ред. М.М. Богуславского и А. Трунка. М.: Городец-издат, 2003, и др.

² См.: J.A. Jolowicz, *The woolf report and the adversary system* // *C.J.Q.*, 1996, vol. 15(JUL), p. 198–210; K. Uff, «Access to justice»: *Lord woolf's final report, procedure and evidence* // *C.J.Q.*, 1997, vol. 16 (JAN), p. 17–22; N. Andrews, *A new civil procedural code for england: party-control going, going, gone* // *C.J.Q.*, 2000, vol. 19 (JAN), p. 19–38; J. Shapland, *The need for case management? profiles of liquidated and unliquidated cases* // *C.J.Q.*, 2003, vol. 22(OCT), p. 324–348; M.E. Frankel, *The Search For Truth: An Umpireal View* // *University Of Pennsylvania L. Rev.* 1975. No. 5, p. 1031–1059; M.H. Freedman, *Judge Frankel's Search for Truth* // *University Of Pennsylvania L. Rev.*, 1975, p. 1060–1066; H.R. Uviller, *The Advocate, the Truth, And Judicial Hackles: A Reaction To Judge Frankel's Idea* // *University Of Pennsylvania L. Rev.*, 1975, p. 1067–1082; R. Garnett, *International Arbitration Law: Progress towards Harmonisation* // *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002, p. 400–413.

власти, свидетельствуют о том, что очевидной становится гармонизация проектов смешанной юрисдикции, что традиционные различия не могут определить процедуру решения споров и процессов в будущем. Более того, особо подчеркивалось, что, как это ни парадоксально, реформы могут привести к практическим различиям между странами в рамках гражданского или общего права намного большим, чем в рамках гражданского и общего права в целом¹.

В этом отношении обращает на себя внимание мнение Дж. Джоловича (*J. Jolowicz*). По его мнению, существует широко распространенная мысль о том, что тогда как Англия и другие страны общего права имеют состязательную систему гражданской процедуры, континентальные страны используют инквизиционную систему. В действительности состязательный процесс просто не существует в реальном мире, равно как и инквизиционный. Следует признать, что некоторые системы являются более состязательными или более инквизиционными, чем другие. Есть масштаб, в который все процессуальные системы могут быть помещены: с одной стороны — теоретически чистая состязательная система, а с другой — теоретически чистая инквизиционная.

Главный дефект состязательной системы состоит в том, что у судьи нет обязанности устанавливать правду. Такое правосудие является процедурным, т.е. системой рассмотрения споров. Исходя из этого, подчеркивает автор, отсутствуют причины для упорной приверженности состязательной системе, системе, которая соответствует в большей степени обсуждению решения и в меньшей степени — постановке «правильных» решений. Поэтому, скорее, следует приближаться к инквизиционной, чем к традиционной состязательной системе.

Последняя реформа в Англии, как отмечает Дж. Джолович, отделила английскую систему от классической состязательной системы и приблизила ее к французской системе. Состязательная система долгое время была краеугольным камнем английского гражданского процесса. Эта система гарантирует процедурное правосудие, но по своей сути она не вполне отвечает принципу независимого правосудия. Решение спора уже не является основной функцией судебного разбирательства в современной Англии, и потому необходимо признать, что нужна процедура, делающая меньший акцент на свободу сторон, а больший — на достижение правильных решений².

Таким образом, имеются определенные основания для утверждения, что наблюдаются тенденции на уровне национального процессуального законодательства, подтверждающие в целом конвергенцию двух известных классических форм гражданского процесса — гражданского процесса сугубо состязательного типа и сугубо инквизиционного типа. Вместе с тем при такой ситуации теоретически усложняется общая доктринальная характеристика модели гражданского процесса. На наш взгляд, в цивилизационном аспекте и в аспекте традиций континентального и англосаксонского процессов, исходя из наличия и значимости Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод как регионального международного правового акта,

¹ См.: Mirjan Damaska, *The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction* // *International Association of Procedural Law «The future of Categories — Categories of the future»*. Toronto Conference, June 3–5, 2009, p. 1–14; Soraya Amrani Mekki, *The Future of the Categories. The Categories of the Future* // *Ibid.*, p. 207–221.

² J. Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure* // *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 289–291.

а также других аналогичных региональных нормативно-правовых актов, можно предложить как эталон модель справедливого гражданского процесса, которая отражает общий концепт межнациональной гармонизации правосудия и в культурологическом отношении является достоянием национальной и интернациональной правовых культур. При таком подходе гражданский процесс в глобальном контексте все более и более приобретает качества монокультурной правовой ценности.

Глобализация гражданского процесса как реальная современная тенденция его развития, определяющая черты единства, все же не может, на наш взгляд, нивелировать самобытность национальных процессуальных систем с их спецификой исторического развития, доктринальных взглядов, состояния судебной практики и других факторов. В этом смысле на фоне глобализации не могут сниматься не менее важные научные проблемы — национальная идентичность гражданского процесса. И потому представляется знаковым для науки гражданского процессуального права, что в последнее время появляются фундаментальные работы, в которых исследуются социокультурные особенности правосудия по гражданским делам и типологизация национальных гражданских судопроизводств¹. Нет сомнения, что данная проблематика — перспективное и уникальное направление развития современной науки гражданского процессуального права.

ДИСКУССИОННАЯ ПАНЕЛЬ

Юлий Тай

РЕФОРМА ИНСТИТУТА ДОКАЗЫВАНИЯ В ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ

В соответствии с социологическими исследованиями последних лет доверие к судебной власти в Российской Федерации находится на невероятно низком уровне. Причин такого положения вещей чрезвычайно много, причем многие из них имеют глобальный политический и даже исторический характер, что находится в настоящее время за скобками настоящей статьи.

Нами уже неоднократно отмечалось, что для преодоления недоверия и значимого повышения эффективности функционирования судебной системы является комплексное реформирование, причем не только процесса, но также и судопроизводства и даже судоустройства. Без комплексного системного подхода, т.е. точечными действиями, проблему не решить, поскольку срабатывает эффект тришкиного кафтана (прокрустова ложа) — в одном улучшаем, другое ухудшаем.

¹ D. Maleshin, *The Russian Style of Civil Procedure* // *Emory International L. Rev.* 2007, vol. 21, No. 2, p. 543–562; Малешин Д.Я. Социокультурные основы российского права // *Юридическая наука и образование*. 2008. Вып. 1. С. 7–34; Треушников М.К., Малешин Д.Я. Новый Гражданский процессуальный кодекс России 2002 г.: некоторые социокультурные особенности // *Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право*. 2004. № 4. С. 54–60; Он же. Особенности российского типа гражданского процесса // *Труды юрид. ф-та*. Кн. 10. М.: Правоведение, 2008. С. 9–154; Он же. Гражданская процессуальная система России. М.: Статут, 2011. С. 496.

Представляется, что базовые изменения должны коснуться следующих направлений: планомерное повышение квалификации судейского корпуса, продолжение курса на специализацию судей с одновременным сокращением нагрузки на них. Эту цель можно усилить введением профессионального представительства, повышением судебных расходов (особенно для лиц-сутьяжников, а также лиц, подающих технические иски и иным способом злоупотребляющих процессуальными правами) как путем повышения государственной пошлины (с введением сложной дифференцированной шкалы пошлины в зависимости от категории дела, личности истца и др., а также введением не регрессивной, а прогрессивной шкалы при обжаловании судебного акта в вышестоящих инстанциях), так и прежде всего взысканием реального размера судебных расходов на представителя с проигравшей стороны; освобождением суда от обязанности изготовления мотивировочной части решения по делам определенных категорий (упрощенное производство, суброгация и ряд других) и (или) только по требованию лица, участвующего в деле, которое планирует обжаловать судебный акт (в соответствии с официальной статистикой только 17–25% судебных актов обжалуются); возрождением на практике применения института обеспечительных мер.

Но основной целью нашего выступления является вопрос коренного и глубинного изменения института доказательств и процесса доказывания. Без реализации этой чрезвычайно сложной и амбициозной задачи невозможно преодолеть то положение, в котором находится современная судебная система. Процесс доказывания проходит красной нитью через все стадии процесса и, по сути, является основной составляющей в отправлении правосудия, эффективной защите прав лиц, обращающихся в суд, а также создает реальную возможность для вынесения законных, обоснованных и справедливых судебных актов, что в свою очередь позволяет достичь верховенства права и доверия населения к судебной власти.

Арбитражный процесс в своем современном виде был создан 20 лет назад и с тех пор реформируется практически непрерывно. Арбитражные суды прошли поистине большой эволюционный путь развития, но, к сожалению, меньше всего изменений претерпел институт доказывания и доказательств, несмотря на то, что экономико-правовое развитие общества и научно-технический прогресс очевидным образом требуют существенных и, может быть, даже коренных изменений.

1. Отечественное доказательственное право в нынешнее время можно оценить как крайне архаичное, не учитывающее реалий современной жизни, возникающих правоотношений. Причины подобного положения дел разнообразны: от исторического отсутствия традиции «детализации» доказательственного права и научной неразработанности темы (за последние 10 лет было написано менее 10 диссертационных исследований по теме доказательств) до стойкого нежелания судов своими силами развивать положения закона в сфере доказательств и доказывания. Последнее оправдано чрезмерной загруженностью современных судов (как арбитражных, так и общей юрисдикции).

Несмотря на закрепленную в процессуальных кодексах обязанность судов объективно устанавливать обстоятельства дела, она остается по-прежнему неким призывом, пожеланием законодателя, скорее декларативной нормой. В действительности же современные суды, не будучи наделенными механизмами установления «объективной истины», в том числе и по большей части из-за отсутствия наполненного,

содержательного, многоаспектного доказательственного права, вынуждены воплощать в жизнь концепцию «формальной истины». Однако принцип формальной юридической истины на практике повсеместно превратился в формалистическую (механистическую) истину, как будто решение принимает не человек, а компьютер, который учитывает лишь внешние, а не сущностные признаки и факты. Такой принцип «формальной истины» самым пагубным образом сказывается на общем отношении граждан к правосудию и приводит к утрате доверия к нему населения и к пресловутому правовому нигилизму.

Простое изменение закона представляется не лучшим способом преодоления сложившейся ситуации. Видится следующий механизм развития доказательственного права в целях повышения уровня защиты прав граждан и организаций. Основным инструментом, как ни странно, должно стать само правоприменение, но чтобы этого достичь, изначально требуется фундаментальный пересмотр теории доказательств и доказывания в доктрине.

В качестве отправной точки предлагается использовать институты и принципы, зародившиеся и получившие свое развитие в странах англо-саксонского права.

2. Ни с точки зрения современного отечественного правоведения, ни с точки зрения западного невозможно себе представить, чтобы правила оценки доказательств были жестко установлены, регламентированы законом. Когда-то давно существовавшие правила о том, что показания свидетеля-мужчины имеют приоритет перед показаниями женщины, что признание — «царица доказательств», канули в лету; сейчас системы формальных доказательств не существует.

Однако во многих правовых порядках имеются так называемые стандарты доказывания. Как правило, практика правоприменения постепенно формирует целую систему доказательств для определенных стандартных категорий споров. Они являются неким ориентиром, установленным минимальным стандартом для судей. Рассмотрим это крайне интересное правовое явление и попытаемся ответить на вопрос: может ли оно прижиться в российском процессуальном праве?

В.К. Пучинский в своей фундаментальной для отечественной процессуальной науки работе «Английский гражданский процесс» по этому поводу писал следующее: «Английским эквивалентом обычного для юриспруденции континентальных государств Западной Европы термина «оценка доказательств» является термин «стандарт (норма, уровень) доказывания» (*standard of proof*). Расшифровка этого понятия осуществляется через категорию *onus probandi*. Разъяснить содержание оценки доказательств, и особенно достигаемых с ее помощью целей, невозможно, не затрагивая главнейшей проблемы правосудия, а именно соотношения между конечными выводами суда по делу и объективной реальностью». Иногда рассматриваемое явление еще именуют критериями доказанности.

Так, применительно к гражданским делам в Англии принят стандарт доказывания, именуемый «перевес вероятности»/«наличие более веских доказательств» (*preponderance of probability*). Существует также промежуточный критерий доказанности, нечто среднее между принятым в уголовном процессе стандартом доказывания *proof beyond a reasonable doubt* и гражданско-процессуальным *preponderance of probability*, — наличие «ясных и убедительных доказательств» (*clear and convincing evidence*). Этот критерий используется по некоторым категориям гражданских дел, имеющим серьезные последствия для стороны, например,

лишение родительских прав или принудительное помещение в психиатрический стационар .

Наши же суды требуют, чтобы сторона доказала безусловность существования утверждаемого ею факта, о вероятности речь не идет. Если же правая сторона представить исчерпывающих доказательств не может, то она лишена возможности установить в суде необходимый ей факт даже при условии, если оппонент не представляет никаких опровергающих доказательств. Суд отказывает в иске по причине отсутствия безусловных доказательств, не беря в расчет полное отсутствие доказательств со стороны ответчика. В итоге торжествует объективная истина? Конечно нет, правая сторона проиграла, достоверно обстоятельства тоже не установлены (ведь причина к отказу в иске была не в том, что установлено обратное тому, что утверждал истец).

Полагаем, что введение стандарта «разумного предположения» способно изменить ситуацию. Иначе говоря, если одна сторона представила некую совокупность доказательств (включая косвенные и производные в их системной логической связи), которые подтверждают ее версию произошедших событий и поведения сторон, а другая не смогла или не захотела их опровергнуть, то суд признает первую версию правдивой, несмотря на то, что суд не может на 100 % достоверно быть в ней уверен.

Также необходимо отметить, что в целом ряде развитых правовых порядков постепенно формируется ранжирование доказательств в соответствии с их значимостью, убедительностью. Для появления такой системы требуется аналитическая совместная работа судов, профессиональных представителей и науки.

Необходимо отметить, что в последнее время благодаря активизму судей ВАС РФ принципы доказывания немного стали смещаться от формального подхода к разумно-усмотрительному. В 2012 г. появились постановления – первые «ласточки», предвещающие изменение существующего положения вещей и вселяющие робкие надежды на то, что судьи и нижестоящих судов возьмут выводы и умозаключения Президиума ВАС РФ на вооружение, при этом не нарушив тонкую границу между судебским усмотрением и произволом. В указанных постановлениях Президиум ВАС РФ ввел новое понимание состязательности сторон и распределения бремени доказывания, которое не сводится лишь к общему и утрированному принципу «кто утверждает – тот и доказывает», но вводит некоторые изменения и дополнения к указанному общему правилу. Например, если лицо-ответчик, достоверно обладающее доказательствами, не представляет их, при этом его гражданско-правовая недобросовестность установлена, то суд считает доказанными обстоятельства, на которых истец базирует свое требование, поскольку ст. 9 АПК РФ возлагает на всех участников процесса негативные последствия несовершения ими процессуальных действий по представлению доказательств . В другом деле Президиум ВАС РФ также отметил, что поскольку истец «представил достаточно серьезные доказательства и привел убедительные аргументы» взаимосвязанности сделок, а ответчик «имел реальную возможность раскрыть информацию о сделках», но не сделал этого, то с выводами истца надлежало согласиться. Более того, в Постановлении указано, что выявленные судом обстоятельства «не позволяют применить к ответчику презумпцию добросовестности и переносят на него бремя доказывания».

3. Крайне необходимо расширить использование в арбитражном процессе института свидетельских показаний, особенно по делам, по которым стоит вопрос о применении ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом, по делам, в которых фигурирует порок воли, определения истинного волеизъявления, преодоления несоответствия формы и содержания, преодоления других противоречий в представленных сторонами письменных доказательствах. В указанных случаях системный допрос ряда лиц способен выкристаллизовать правду, преодолеть противоречия и принять законное и справедливое решение.

Широкое использование свидетельских показаний характерно для англо-саксонской правовой семьи. У. Бернам отмечает, что «первоначальные причины предпочтительного отношения к устным доказательствам в процессах системы общего права были основаны на том, что присяжные были зачастую неграмотны и потому не смогли бы прочесть показания в письменной форме».

Поэтому в литературе отмечают, что «в большинстве дел наиболее острое непосредственное состязательное столкновение противоположных точек зрения наступает, когда прямой допрос стороны ее адвокатом сменяется перекрестным допросом этой же стороны адвокатом противостоящей стороны».

Состязательный процесс предполагает акцентирование принципа непосредственности.

Зачастую только свидетели способны пролить свет на то, как и когда в действительности заключался договор, подписывался акт, принимался товар. Общеизвестная проблема взыскания убытков в российских судах также во многом связана с отсутствием традиции привлечения и опроса свидетелей. Многие практикующие юристы и судьи высказывают небезосновательные опасения в том, что с учетом общего невысокого уровня правовой культуры и законопослушности далеко не все свидетели будут правдивы и их показания только усложнят процесс принятия решения. С указанным утверждением невозможно полностью согласиться, поскольку по мере развития данного института, появления навыков допроса свидетелей (приемы, тактика и стратегия) как у представителей сторон, так и у суда, а также с введением и применением эффективного механизма привлечения к ответственности проблема лжесвидетельства будет сведена к минимуму. Разумеется, с увеличением значения свидетельских показаний должны увеличиться санкции за лжесвидетельство, и они должны последовательно и неотвратимо применяться к нарушителям. Судей следует наделить правом привлечения лжесвидетелей к ответственности в форме наложения штрафа и инициирования возбуждения уголовного дела по составам, предусмотренным ст. 307, 308 УК РФ.

В настоящий момент существует необоснованное, на наш взгляд, различие в порядке получения свидетельских показаний в гражданском судопроизводстве в суде общей юрисдикции и в арбитражном судопроизводстве. Так, в силу ч. 2 ст. 168 ГПК РФ свидетель при неявке в судебное заседание без уважительных причин по вторичному вызову может быть подвергнут принудительному приводу. Однако в арбитражном разбирательстве возможность принудительного привода свидетелей не предусмотрена. Отсутствие подобной меры ослабляет потенциал использования свидетельских показаний при рассмотрении арбитражных дел, что затрудняет установление обстоятельств дел.

В арбитражном процессе необходимо срочно ввести действенный механизм привода в суд лица, вызванного в качестве свидетеля и не желающего являться добровольно. Правоприменительная практика показывает, что само введение института принудительного привода свидетеля дает такой превентивный эффект, благодаря которому практически все свидетели по первому требованию являются в суд самостоятельно, не дожидаясь крайне неприятной и унижительной процедуры привода.

4. При определении бремени доказывания необходимо широко использовать понятия «слабой» и «сильной» стороны, это деление больше не должно являться исключительной прерогативой производства по делам их публичных правоотношений; эти понятия должны применяться и в исковом производстве.

Применение подобного деления связано с тем, что очень часто возникают ситуации, когда у одной стороны доказательств нет и быть не может (слабая), а другая их имеет, но не представляет суду (сильная), поскольку их представление по общему правилу распределения бремени доказывания относится к слабой стороне. Например, истец, будучи слабой стороной, заинтересован в предоставлении суду внутренней переписки ответчика либо документов, возникающих в процессе взаимодействия различных органов внутри хозяйственного общества, которые автоматически не становятся достоянием участников (например, счетная комиссия эмитента). В таких случаях строгое следование положениям ч. 1 ст. 65 АПК РФ является не только несправедливым, но и прежде всего неэффективным. Очень часто такая проблема существует в делах о взыскании убытков, когда деликвент занимает в процессе крайне пассивную позицию и отказывается представлять какие-либо доказательства, а истец не имеет фактической возможности доказать размер убытков или другие обстоятельства (например, при подаче косвенного иска).

Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11, в частности, сказано, что «полный отказ в иске нарушает конституционный принцип справедливости и лишает заявителя возможности восстановления его нарушенных прав. Объективная сложность доказывания убытков и их размера, равно как и причинно-следственной связи между причиненными убытками и принятыми обеспечительными мерами, не должна снижать уровень правовой защищенности участников корпоративных отношений при необоснованном посягательстве на их права. Суд не может полностью отказать в удовлетворении требования участника хозяйственного общества о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности».

В одном из своих интервью член Президиума ВАС РФ судья С.В. Сарбаш, отвечая на вопрос о последствиях принятия данного Постановления, отметил, что в определенных случаях требовать от истца доказательств неправильно, что иногда «бремя доказывания должно быть ослаблено». В противном случае не достигается основная цель арбитражного судопроизводства — защита нарушенных прав и законных интересов.

Следует учитывать, что подобное деление не равнозначно пониманию сильной и слабой стороны в гражданском праве. Наряду с закреплением статуса слабой

стороны, который перераспределяет бремя доказывания в пользу сильной стороны, следует ввести специальные поименованные случаи (которые будут считаться исключениями из общего правила), когда допускается истребование доказательств у процессуального оппонента. Эти перечни можно установить в процессуальном законе или закрепить их постановлением Пленума ВАС/ВС. В настоящее время принцип состязательности не допускает подобных мер, хотя и противоположная практика встречается.

Возможно, необходимо ввести в процесс новый вид субъектов, которые обладают сведениями, информацией, осуществляют учет, права которых не затрагиваются и не могут быть затронуты судебным решением, но которые могут представить суду доказательства, необходимые для правильного разрешения дела. Такие лица (регистраторы, депозитарии, Росреестр, РосНИИРОС, бюро кредитных историй и др.) должны привлекаться в процесс исключительно для формирования доказательственного материала (представление письменных доказательств, объяснений, справок), они могут быть даже лишены права на обжалование итогового акта и на совершение иных процессуальных действий, не связанных с их участием. Целью их привлечения в процесс является экономия времени и эффективность процессуальных действий.

5. Следует расширить использование косвенных и производных доказательств, что будет способствовать понижению стандарта доказывания, принятого сейчас.

Целесообразно применять при вынесении судебных актов так называемый *duck test*: когда я вижу птицу, которая ходит как утка, летает как утка, плавает как утка и крикает как утка, я называю эту птицу уткой. С указанным походом невозможно не согласиться: не 100%-ная достоверность доводов истца не может приводить к полному отказу в удовлетворении исковых требований, поскольку она противоречит здравому юридическому смыслу и законам логики. Любой здравомыслящий человек, уверенный в своем умозаключении на 90 %, будет его поддерживать и отстаивать, а не дожидаться 100 %-ной уверенности.

Следует согласиться с признанием и вынесением положительных решений на основе вероятностных выводов экспертизы.

6. Необходимо расширить применение ст. 70 АПК РФ, конклюдентные процессуальные действия должны учитываться судом. Первые шаги в этом направлении уже сделаны: неявка стороны в предварительное судебное заседание при отсутствии у суда сведений о нежелании этой стороны приходить в судебное заседание, влечет возможность суда провести судебное заседание следом за предварительным в тот же день.

Присущее английскому гражданскому процессу своеобразное правовое явление *estoppel* постепенно находит применение и в процессуальном праве европейских континентальных стран. В.К. Пучинский описывал *estoppel* так: «Существо этой конструкции сводится к запрещению истцу или ответчику утверждать и доказывать, что сложившееся определенным образом представление о каком-то факте не соответствует действительности».

Ссылки на то, что эстоппель является институтом исключительно англо-саксонского права, несостоятельны. Так, например, Франция заимствовала этот механизм. В литературе отмечается, что реальность такова, что эстоппель становится

частью французской правовой системы посредством (через) правоприменения (прецедентное право) иногда прямо под термином *estoppel*, иногда как «принцип, согласно которому одна сторона не может выдвигать противоречащие требования во вред другой стороне» (*principe de l'interdiction de se contredire au detriment d'autrui*). Впервые доктрина эстоппеля была применена Апелляционным судом Парижа в решении от 17 января 2002 г. В решении было установлено, что сторона, сославшаяся на арбитражную оговорку и принявшая участие в третейском разбирательстве без каких-либо возражений, не может требовать отмены решения третейского суда на том основании, что суд не был уполномочен на рассмотрение спора.

Французский Кассационный суд впервые признал правило эстоппеля в решении от 6 июля 2005 г. в деле Гольшани против Исламской республики Иран. Истец Гольшани требовал отмены решения третейского суда, хотя именно он обратился в третейский суд. Вместо того чтобы основывать свое решение на отказе истца от судопроизводства в государственном суде, Кассационный суд просто сослался на правило эстоппеля: для Гольшани, который сам обратился в третейский суд и девять лет участвовал в судебном разбирательстве без всяких оговорок, недопустимо в силу правила эстоппеля возражать, ссылаясь на новые аргументы, противоположные более ранним, против решения суда по мотиву отсутствия или недействительности арбитражной оговорки.

В международном споре, связанном с банкротством, французский Кассационный суд также использовал термин «эстоппель» и подтвердил решение суда апелляционной инстанции, согласно которому ликвидатор компании намеренно избегал участия в третейском разбирательстве с тем, чтобы иметь основания обратиться в суд за отменой решения третейского суда. В этом деле французский суд связал эстоппель и процессуальную добросовестность сторон в третейском разбирательстве. Однако это решение подверглось резкой критике, так как ликвидатор не был участником третейского разбирательства и, соответственно, не может признаваться обязанным к процессуальному поведению.

Не далее как 3 февраля 2010 г. Кассационный суд отменил решение суда апелляционной инстанции, который посчитал, что в отношении поведения стороны в споре (компания *Merial*) должен быть применен механизм эстоппеля (сторона не возражала против процессуального порядка, примененного при рассмотрении дела третейским судом, но позднее обратилась в государственный суд за отменой решения третейского суда). Кассационный суд указал, что в данном деле процессуальное поведение *Merial* не может рассматриваться как изменение правовой позиции, которое может ввести в заблуждение компанию Клок с учетом намерений противоположной стороны и, следовательно, не является эстоппелем.

И хотя в данном деле суд исключил применение санкции в виде эстоппеля, это решение суда дает рекомендации (намек) относительно: а) условий, которые должны быть выполнены (опровержение / противоречие, сторона однозначно вела себя двумя противоположными способами); б) санкции: недопустимость требований или ходатайств к суду, которые лишают сторону права на доступ к правосудию; в) контроля Кассационного суда за тем, как правило эстоппеля применяют нижестоящие суды (следовательно, это не то правовое понятие, которое свободно оценивается /

вольно применяется нижестоящими судами). Поскольку последствия действия эстоппеля серьезны, Кассационный суд хочет контролировать его применение, чтобы избежать несправедливости и гарантировать правовую определенность. Поэтому противоречия между последующими ходатайствами (объяснениями) одной стороны должны быть очевидными и такими, которые нельзя обосновать спецификой обстоятельств дела.

Во французском «прецедентном праве» эстоппель следует отличать от отказа и от признания, т.е. действия, посредством которого сторона, против которой заявлен иск, признает требования обоснованными. Хотя оба понятия касаются непосредственного поведения стороны и пределы их применения могут быть такими же, как и у доктрины эстоппеля, такое условие, как причинение вреда (ущерба) другой стороне, для их применения не требуется.

Ссылка французских судов на эстоппель изначально была ограничена сферой международного частного права и международным арбитражем. Однако в последних решениях Кассационный суд признает правило эстоппеля и в гражданском производстве, не осложненном иностранным элементом, даже если он и отказывается применить его в деле. Это приводит к дискуссиям/научным спорам. Некоторые комментаторы не считают полезными ссылки на понятия, существующие в англосаксонском общем праве, в то время как другие полагают, что заимствование доктрины эстоппеля, по крайней мере в международном праве и арбитраже, может обогатить французский гражданский процесс. В действительности французское право не отрицает (не игнорирует), что спорящая сторона должна быть последовательна в своих объяснениях, и суды отказывают в требованиях, которые противоречат предыдущим объяснениям.

Применяя правило эстоппеля, Кассационный суд признает этот принцип общего права как составляющую принципа процессуальной честности/добросовестности (*loyauté procédurale*), который связывает стороны.

Однако эстоппель применяется во Франции исключительно в гражданском процессе, Государственный совет (высший административный суд) указал в одном из своих решений (от 01.04.2010), что эстоппель неприменим в налоговом праве.

Следует отметить, что доктрина эстоппеля позволила сформулировать в англосаксонском праве правило о недопустимости возражений по вопросам, которые следовало поднять в разбирательстве. Н. Эндрюс отмечает, что в 2002 г. было подтверждено старое правило из дела *Henderson v. Henderson* (1843): «... предполагается, что стороны, участвующие в разбирательстве, поставили перед судом все вопросы, относящиеся к данному разбирательству. В противном случае им обычно не разрешается войти в одну реку дважды». Н. Эндрюс предлагает рассматривать это правило как дополнение к доктрине *res judicata*, которое «касается только нерешенных вопросов, по которым не было вынесено решение только потому, что они не были поставлены (хотя могли быть поставлены) в более раннем гражданском деле».

8. В качестве еще одной меры, способной обеспечить развитие доказательственного права, можно предложить введение ранжирования доказательств по их значимости. Так, М.А. Фокина определяет необходимые доказательства как конкретизацию процессуальной формы доказывания по отдельным категориям дел, чья

«ценность состоит в том, что они выработаны не только законодателем, но и судебной практикой в ходе многократного применения закона и основаны на значимости для правоприменения» .

В качестве примера существующего определения судебной практикой доказательств, которыми доказываются конкретные факты, можно привести подп. б) п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 (при рассмотрении споров о расторжении по инициативе работника трудового договора нарушение работодателем трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, локальных нормативных актов, условий коллективного договора, соглашения или трудового договора может быть установлено органами, осуществляющими государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства, профессиональными союзами, комиссиями по трудовым спорам, судом. Соответственно, документ, зафиксировавший такое нарушение, признается наилучшим доказательством такого факта — основания для расторжения трудового договора).

Встречаются и обратные случаи, когда какое-то доказательство само по себе взятое в единичном виде не признается достаточным для установления факта. Так п. 31 названного Постановления Пленума ВС РФ требует, чтобы при разрешении споров об увольнении работников по такому основанию, как несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, суды должны оценивать выводы аттестационной комиссии о деловых качествах работника в совокупности с другими доказательствами по делу, т.е. решение аттестационной комиссии не признается «наилучшим» доказательством в таких делах.

При рассмотрении дел об усыновлении в соответствии с п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 20.04.2006 № 8 состояние здоровья усыновляемого ребенка должно быть подтверждено не справкой медицинского учреждения или врача, а медицинским заключением экспертной медицинской комиссии органа управления здравоохранением субъекта Российской Федерации о состоянии здоровья, физическом и умственном развитии усыновляемого ребенка.

9. Необходимо решить назревшие проблемы со статусом вещественных доказательств и электронных баз данных с порядком «снятия» с них/ получения из них доказательственных сведений. Возникают вопросы, как фиксировать такую информацию, как ее представлять суду. Сейчас применяются только скриншоты, сделанные нотариусами. Но ведь суд и сам может осматривать сайты и распечатывать с них информацию. Почему эти разумные методы не применяются в практике?

Сформулированные в процессуальных кодексах положения о возможности немедленного осмотра судом вещественных доказательств, подвергающихся быстрой порче, а также обеспечения доказательств на стадии рассмотрения дела фактически остаются декларациями. Суды по причине своей перегруженности не способны оперативно осматривать вещественные доказательства. В качестве решения данной проблемы можно предложить ввести специальную должность дежурного судьи, который бы осуществлял такую функцию, с одновременным повышением государственной пошлины за оперативное совершение действий по осмотру вещественных доказательств.

Подводя итог сказанному, можно отметить, что отечественное цивилистическое процессуальное право остро нуждается в стройной, систематизированной концепции реформирования норм о доказательствах и доказывании. Назрела необходимость не «лоскутного» редактирования закона, а формулирования новых глав о доказательствах в процессуальных кодексах. Подобную работу законодателю надо провести с привлечением широкого круга экспертов, практиков, судей, ученых. Однако только законодательное реформирование доказательственного права не способно будет решить задачу защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов, одновременно следует понижать загруженность судей (как минимум посредством увеличения численности судейского корпуса) и повышать требования к качеству мотивировочной части решений судов.

СЕКЦИЯ 5. ГРУППОВЫЕ ИСКИ: СОЦИОКУЛЬТУРНЫЕ АСПЕКТЫ

Основной доклад

Проф. **Дженет Уокер** (*Janet Walker*), член Президиума Международной ассоциации процессуального права, Йоркский университет (*York University*), Канада

Национальные доклады

- Австралия: **Вики Вей** (*Vicki Wye*), Университет Южной Австралии (*University of South Australia*) и **Винченцо Морабито** (*Vincenzo Morabito*), Университет Монаш (*Monash University*)
- Бразилия: **Ада Гриновер** (*Ada Grinover*), Университет Сан-Паулу (*University of São Paulo*)
- Бельгия: **Стефан Вот** (*Stefaan Voet*), Гентский университет (*Ghent University*)
- Канада: **Ясминка Каладжич** (*Jasminka Kalajdzic*), Виндзорский университет (*University of Windsor*)
- Англия и Уэльс: **Рэйчел Малерон** (*Rachael Mulheron*), Лондонский университет королевы Марии (*Queen Mary University of London*)
- Италия: **Элизабетта Сильвестри** (*Elisabetta Silvestri*), Университет Павии (*University of Pavia*)
- Нидерланды: **Элен ван Лит** (*Hélène van Lith*), Университет им. Эразма Роттердамского (*Erasmus University*)
- Россия: **Дмитрий Туманов**, МГЮА им. О.Е. Кутафина
- Швеция: **Пер Хенрик Линдблом** (*Per Henrik Lindblom*), Упсальский университет (*Uppsala University*)

Дискуссионная панель

- Испания: **Хавьер Санчес** (*Javier Sánchez*), Сарагосский университет (*University of Zaragoza*)
- Россия: **Дмитрий Магоня**, компания *Art de Lex*

Дженет Уокер (*Janet Walker*)¹

I. Введение: Кто боится групповых исков американского типа?

Групповые иски американского типа стали «очагами возгорания» дискуссий о массовых процессах и системах коллективной защиты прав, возникающих по всему миру. Все хотят предоставить потребителям и пострадавшим от массового причинения

¹ Профессор Йоркского университета (*York University*) (Канада).

вреда больше возможностей для получения компенсаций по требованиям, слишком незначительным, чтобы судиться в индивидуальном порядке. Всем необходимо найти гарантии ответственного поведения потенциальных причинителей подобного массового вреда. Но при этом все, по крайней мере, за пределами Соединенных Штатов, кажется, согласны, что в их правовых системах нет места для института группового иска американского типа.

Помимо этого общего согласия сложно понять, в чем собственно заключается претензия. Что в групповых исках американского типа такого, что оскорбляет чувства представителей иных правовых сообществ? Может быть, это основные цели процесса, способ представительства группы и способы финансирования процесса, виды доступных средств защиты права или природа участия в процессе суда? И если это одна или несколько из перечисленных черт, являются ли они необходимыми для успешного функционирования системы коллективной защиты прав, или их можно устранить либо модифицировать без ущерба для эффективности системы? И наконец, если претензии к групповым искам американского типа сводятся к тому, что «это не наше», могут ли альтернативные процедуры сочетаться с групповыми исками американского типа, вместе работать для достижения целей коллективной правовой защиты?

Для изучения этих вопросов¹ от процессуалистов из разных стран были получены сведения о различных аспектах систем коллективной защиты прав, существующих или предлагаемых к введению в их странах, а также о том, как эти системы соотносятся с групповыми исками американского типа. Сведения были получены из Канады, Австралии, Англии и Уэльса, Нидерландов, Италии, Бельгии, Швеции, Бразилии и Российской Федерации. Благодаря полученным отчетам удалось взглянуть изнутри на многие процессуальные ценности, которые определяют разнообразие правовых систем. Настоящая работа основана на информации и выводах, содержащихся в этих отчетах².

II. Анкета

Отчеты основывались на анкете, содержащей следующие шесть частей.

1. Цели. Доступ к правосудию, процессуальная экономия и влияние на поведение были обозначены в качестве основных целей групповых исков в Северной Америке.

¹ Это, разумеется, не первое исследование по данной теме. Небольшое количество авторитетных комментариев анализирует, с американской точки зрения, экономические и управленческие аспекты означенных сомнений представителей иных правовых систем. См., например: Samuel Issacharoff, Geoffrey P. Miller, *Will Aggregate Litigation Come to Europe?* // 62 *Vand. L. Rev.* 179 (2009); John C. Coffee, Jr., *Litigation Governance: Taking Accountability Seriously* // 110 *Colum. L. Rev.* 288 (2010). Настоящая работа имеет целью выйти за рамки американского подхода к различиям в системах коллективной правовой защиты путем опроса компаративистов, принадлежащих к другим правовым системам, о конкретных аспектах коллективной защиты, которые могли оказать влияние на формирование их представлений о групповых исках американского типа.

² Авторами национальных отчетов для настоящей работы выступали: Канада — профессор Яминка Каладжич, Виндзорский университет, факультет права; Австралия — профессор Вики Вей, декан по учебной работе, Университет Южной Австралии, и профессор Винченцо Морабито, Университет Монаш, факультет предпринимательского права и налогов; Англия и Уэльс — профессор Рэйчел Малерон, Лондонский университет королевы Марии, Лондон; Нидерланды — доктор Элен ван Лит, Университет им. Эразма Роттердамского, Роттердам; Италия — профессор Элизабетта Сильвестри, Университет Павии, факультет права; Бельгия — доктор Стефан Вот, Институт процессуального права, Гентский университет; Швеция — профессор Пер Хенрик Линдблом, Упсальский университет, факультет права; Бразилия — профессор Ада Пеллегрини Гриновер, Университет Сан-Паулу, факультет права; Российская Федерация — доцент Дмитрий Туманов, Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина.

Что вы считаете ключевыми целями массовых процессов в вашей правовой системе? Каким образом массовые процессы обогащают или могут обогатить вашу систему правосудия по гражданским делам? Как это соотносится с ролью, которую играют групповые иски американского типа, и какие черты сходства и различия имеет с ними ваша система правосудия по гражданским делам?

2. Представительство. В традиционных судебных процессах в системе общего права в соответствии с принципом диспозитивности (*party participation*) право истца направлять ход процесса служит основной гарантией справедливости судебного разбирательства. В процессах, затрагивающих публичные интересы, нормы о процессуальной правоспособности также призваны обеспечить, чтобы истец или заявитель надлежащим образом представляли интересы общества в отношении спорного предмета. Обеспечить адекватное представительство тем более важно в массовых процессах, исход которых затрагивает интересы не участвующих в таком процессе лиц, учитывая, что последние будут в дальнейшем лишены возможности защищать свои права иным образом. В вашей правовой системе какие лица и организации уполномочены или могут считаться уполномоченными представлять в судебном процессе группу лиц? Как они отбираются и получают разрешение на подобную деятельность? И какова их роль в процессе?

3. Поиск средств и финансирование. Одной из наиболее спорных характеристик групповых исков американского типа является доля вознаграждения представителя истца в сумме возмещения по иску, но тем не менее для многих американцев, которые видят альтернативу в государственно-финансируемом регулировании рынка потребительских товаров и услуг, размеры и возмещения, и вознаграждения представляются вполне оправданными. Более того, в различных правовых системах, где существуют массовые процессы, считается, что способы финансирования процесса сильно влияют на сравнительный успех режима групповых исков. Каким образом финансируются массовые процессы в вашей правовой системе, или как они могли бы финансироваться, если бы были введены? Как такая экономическая модель соотносится или соотносилась бы с традиционными формами судопроизводства в вашей стране? Как она влияет или может повлиять на успех системы групповой защиты прав?

4. Доступные средства судебной защиты. Одним из параметров, по которому цели массовых процессов значительно отличаются от целей традиционных процессов, является набор средств защиты права, способных обеспечить справедливый исход дела. Если полное возмещение потерь истца считается справедливой компенсацией, а равно средством превенции, в традиционном процессе, то в массовом процессе такой исход дела редко возможен, да и не желателен. В ряде случаев достаточно частичного возмещения вреда, в других случаях результатом процесса может быть судебный приказ, декларативное решение или какая-либо альтернативная, «близкая к требованиям истца» форма возмещения. Какие средства судебной защиты используются в массовых процессах в вашей правовой системе и как их использование помогает (или не помогает) достичь справедливости?

5. Участие суда. Механизмы судебного вмешательства как гарантия предотвращения злоупотреблений развивались на протяжении всей истории традиционного судопроизводства и вплетены в ткань процесса, но модификация этих механизмов, необходимая для введения массовых исков, создает новые риски злоупотреблений. В Северной Америке участие суда на стадиях сертификации, вынесения решения

или утверждения мирового соглашения является важной гарантией против злоупотреблений. В массовых процессах в вашей правовой системе какие формы судебного вмешательства выполняют эту надзорную функцию или могли бы выполнять ее?

6. Совместимость с групповыми исками американского типа. На основе предыдущих вопросов, а равно любых иных характеристик массовых процессов, которые существуют или могут существовать в вашей юрисдикции, обозначьте самые значимые препятствия для интеграции групповых исков американского типа с их механизмами коллективной защиты прав в вашу правовую систему. Как такая интеграция может повлиять на культуру разрешения споров и защиты прав потребителей в вашей стране? Опишите некоторые пути устранения этих препятствий, которые позволили бы обеспечить максимальную эффективность системы групповой защиты прав в вашей стране.

III. Анализ

А. Обзор

Чтобы оценить тонкие различия в процедурах, принятых или предлагаемых в разных правовых системах, будет полезно начать с короткого обзора режимов, действующих в каждой стране¹. В частности, рассматривая взгляды представителей иных правовых систем на групповые иски американского типа, важно понимать, что из семи рассматриваемых стран только в двух — Канаде и Австралии — существуют системы коллективной защиты прав, которые в Соединенных Штатах считались бы групповыми исками. Ни в какой иной системе коллективной защиты прав потенциальные истцы по требованиям с возможностью индивидуального возмещения не составляют группу, выход из которой осуществляется по их заявлению (*opt-out*). Поэтому ниже представлен краткий обзор наиболее выдающихся черт различных систем, который послужит фоном для более специального сравнительного анализа.

Канада. Правовые основы института группового иска закладывались во всех, кроме одной, канадских провинциях, а также в Федеральном суде, начиная с 1978 г.² За-

¹ Сравнительный анализ в настоящей работе предполагает базовое знакомство с процедурой группового иска по правилу 23 Федеральных правил гражданского процесса, согласно которому один или несколько истцов могут быть уполномочены в рамках процедуры сертификации подать иск в защиту прав круга лиц, границы которого определены судом. Американские федеральные суды, а равно суды большинства штатов, могут разрешить предъявление иска по фактическим или правовым требованиям, общим для группы лиц, когда: такие общие требования преобладают над индивидуальными; интересы группы будут надлежащим образом представлены истцом или истцами; группа включает в себя такое количество лиц, что индивидуальные иски нецелесообразны; и требования истцов или ответчиков являются типичными. Судебное одобрение требуется также в отношении содержания и способов доставки членам группы уведомлений, таких как уведомление о том, что лицо является членом группы и будет связано результатом судебного разбирательства, если не заявит о том, что отказывается принадлежать к группе. Судебное одобрение необходимо и в отношении условий мирового соглашения названных сторон, и по поводу размера вознаграждения, выплачиваемого представителю истца. Такое вознаграждение обычно рассчитывается по ставкам, превышающим стандартную ставку почасовой оплаты, и часто определяется в процентном отношении к сумме присужденного возмещения.

² An Act Respecting the Class Action, R.S.Q., c. R-2 (Can. Que.); Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, arts. 999–1051 (Can. Que.); Class Proceedings Act, R.S.O. 1992, c. 6 (Can. Ont.); Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50 (Can. B.C.); Class Actions Act, R.S.S. 2001, c. 12.01 (Can. Sask.); Class Actions Act, R.S.N.L. 2001, c. C-18.1 (Can. Nfld.); Rules Amending the Federal Court Rules, 1998, S.O.R. 98–106 (Can.);

конодательство строится по американской модели и, не считая внутренних различий в правовых системах, влияющих на функционирование групповых исков, в Канаде и США системы коллективной защиты прав имеют общие цели и сходные черты.

Австралия. Аналогично в Федеральном суде¹ и в верховных судах Нового Южного Уэльса² и Виктории³ групповой иск может быть инициирован от имени лиц, которые могут заявить о вступлении в процесс (*opt-in*) или выходе из него (*opt-out*) и/или о своем участии или неучастии в мировом соглашении⁴. Есть небольшие различия, например отсутствие необходимости в сертификации, что влечет рассмотрение вопроса о возможности формирования группы лиц по ходатайству ответчика, а не истца. Тем не менее, несмотря на незначительные различия, австралийские групповые иски, так же как и канадские, схожи с групповыми исками американского типа, а разница при функционировании этих механизмов возникает в силу особенностей самого процесса гражданского судопроизводства.

Англия и Уэльс. Коллективная защита прав в Англии и Уэльсе осуществляется главным образом с помощью приказов о массовых процессах. Приказы о массовых процессах представляют собой инструменты для управления процессом, позволяющие аккумулировать иски по принципу вступления в группу лиц (*opt-in*). Они могут включать в себя формулирование требований в тестовых процессах⁵, определение общего предмета спора⁶ и исследование судом ряда предварительных вопросов на основе набора презумпций. В теории коллективная защита возможна также через представительский иск. Однако такие иски разрешены, только если у истцов «одинаковые интересы» и «более чем одно лицо» разделяет требования представителя группы⁷, и часто несоблюдение критерия «одинакового интереса» позволяет ответчику прекратить дело.

В английском процессе, касающемся банковских отношений, который включал в себя множество отдельных требований, рассматриваемых судами графств, без обязательности решения по одному делу для других⁸, была предпринята попытка навести порядок путем разрешения тестового дела⁹, решение по которому могло быть

The Class Proceedings Act, C.C.S.M., c. C130 (Can. Man.); Class Proceedings Act, R.S.A. 2003, c. C-16.5 (Can. Alta.); Class Proceedings Act, R.S.N.S. 2007, c. 28 (Can. N.S.).

¹ Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) pt IVA.

² Civil Procedure Act 2005 (NSW) pt 10 (Austl.).

³ Supreme Court Act 1986 (Vic) pt 4A (Austl.).

⁴ В верховных судах других штатов массовый процесс может быть инициирован путем соединения требований лиц с *одинаковыми интересами* в одно производство, но судебное решение или мировое соглашение не является обязательным для всех этих лиц. См.: South Australia Supreme Court Rules 2006 (SA), r. 80; Queensland Uniform Civil Procedure Rules 1999 (Qld) r 75 (Austl.); Western Australia Rules of the Supreme Court 1971 (WA) O 18, r. 12.

⁵ *Pirelli Cable Holding NV v. Revenue & Customs Comm'rs.*, [2007] EWHC (Ch) 583, [2007] All E.R. 408 (Eng. & Wales).

⁶ *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Addison*, [2003] EWHC (Comm) 1730, [2003] All E.R. 253 (Eng.).

⁷ Civil Procedure Rules [CPR], 1998, S.I. 1998/3132, r. 19.6 (U.K.).

⁸ Более 53 000 исков были поданы в суды графств в Англии в период с марта 2006 г. по август 2007 г. Число рассмотренных дел в месяц приводится в работе: Rachael Mulheron, *Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need (Research Paper for the Civil Justice Council, Feb 2008, section 17)*. См. также: *Brennan v. National Westminster Bank Plc* [2007] EWHC (QB) 2759, [42] (Eng. & Wales).

⁹ *Office of Fair Trading v. Abbey National Plc* [2008] EWHC (Comm) 875, [2008] 2 All E.R. 625 (Eng. & Wales).

обжаловано в Верховный суд¹. Это позволило улучшить согласованность процесса, но решение не прояснило все вопросы, и отдельные аспекты конкретных дел все равно требовали судебного разбирательства. Опыт этих дел ускорил разработку предложения о введении групповых исков, которое было включено в Закон о финансовых услугах 2010 г.² Согласно этому законопроекту, сопровождающемуся детально разработанными правилами процедуры, суд мог принять решение о групповом иске, основанном на принципе вступления в процесс (*opt-in*) либо выхода из него (*opt-out*)³. Однако со сменой правительства в 2010 г. эта законодательная инициатива была свернута⁴.

Нидерланды. В Нидерландах есть два режима коллективной защиты прав в случае массового причинения вреда, и они действуют в большинстве отраслей права. Голландский Акт о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда (*WCAM*)⁵ был принят в 2005 г., чтобы дать возможность организациям-представителям вступать в мировые соглашения с предположительно виновными сторонами и обращаться в Апелляционный суд Амстердама с совместными декларациями, которые создают презумпцию связанности указанных в таких декларациях лиц по принципу необходимости заявления о выходе из процесса (*opt-out*)⁶. В период рассмотрения декларации судом рассмотрение других исков из тех же правоотношений может быть приостановлено⁷. *WCAM* был разработан с целью дополнить групповые иски американского типа и групповые мировые соглашения путем включения в процесс истцов за пределами США, главным образом из Европы, которые в противном случае не могли бы участвовать в таком процессе. Этот механизм построения массового процесса доказал свою эффективность, простоту и относительно невысокие издержки⁸.

Кроме того, голландский Гражданский кодекс предусматривает право на подачу коллективного иска в случаях массового причинения вреда⁹. Голландская ассоциация или фонд, созданные для представительства интересов группы лиц, могут подать иск в защиту общих интересов членов группы. Доступные средства правовой защиты ограничиваются декларативными решениями и судебными приказами в пользу заинтересованных лиц, а судебное решение является обязательным только для организации и для ответчика. Как только решение вынесено, заинтересованные стороны должны инициировать отдельное разбирательство, в котором будет

¹ *Office of Fair Trading v. Abbey National Plc* [2009] UKSC 6, [2009] 3 W.L.R. 315 (Eng.).

² Financial Services Act, 2010, §§ 18–25 (U.K.).

³ Financial Services Act, 2010, (U.K.) (proposed CPR 19.IV).

⁴ Таким образом, коллективная защита прав по-прежнему может осуществляться только через судебные приказы о массовых процессах, а это означает в меньшей степени предсказуемый процесс и, возможно, его результат. См.: *Multiple Claimants v. Sanifo-Synthelabo Ltd.* [2007] EWHC (QB) 1860 (Eng. & Wales) (дело, касающееся использования лекарства от эпилепсии «Эпилим» беременными женщинами).

⁵ Burgerlijk Wetboek [BW] [Civil Code], bk. 7, art. 907–910 (Neth.); Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [Rv] [Code of Civil Procedure], art. 1013 (Neth.).

⁶ Соглашение может предусматривать возможность расторжения при условии, что слишком большое число потерпевших заявит о выходе из процесса.

⁷ Dutch Arbitration Act [DCCP], art. 1015 (Neth.).

⁸ См., например: *Shell Petroleum*, [Hof] [Court of Appeal Amsterdam] May 29, 2009, NJ 2009, 506 (Neth.); *Converium*, [Hof] [Court of Appeal Amsterdam] Nov. 12, 2010, LJN 2010, BO3908 (Neth.); утвержденные *Scor Holding (Switzerland) AG and the Stichting Converium Securities Compensation Litigation*, 17 Jan 2012 [Court of Appeal Amsterdam].

⁹ BW, bk. 3, art. 305a-c (Neth.).

установлена ответственность ответчика по отношению к ним наряду с причинно-следственной связью и размером убытков.

Италия. После десятилетий научной дискуссии в 2007 г. была предпринята попытка введения групповых исков на законодательном уровне. Финансовые проблемы крупных корпораций¹, затрагивающие сотни инвесторов, усугубили постоянные проблемы судов, перегруженных частными гражданскими исками и исками о банкротстве. Положения о групповых исках были инкорпорированы в Потребительский кодекс² и после внесения серии поправок вступили в силу в 2010 г. — для правоотношений, возникших после середины 2009 г. Механизм функционирования групповых исков остается в значительной степени не опробованным, поскольку на сегодняшний день было подано всего шесть таких исков и только один был признан приемлемым. По той же причине исследование этого механизма с необходимостью носит теоретический характер.

Согласно Директиве ЕС³ появились групповые иски по требованиям потребителей, затем — по требованиям, связанным с защитой окружающей среды, ценными бумагами, защитой от дискриминации и в других областях. Такие иски могут быть поданы только квалифицированными органами, такими как аккредитованные потребительские союзы, и их результатом может быть только судебный запрет. Однако в 2009 г. был введен новый вид публичного группового иска, позволяющий физическим лицам и объединениям обращаться в административные суды с требованиями к органам власти в связи с неисполнением последними своих обязанностей. Средством судебной защиты выступают обязательные судебные приказы. Требования об убытках должны быть заявлены отдельно в рамках либо индивидуального гражданского иска, либо группового иска по модели, установленной Потребительским кодексом. Несмотря на обилие способов коллективной защиты, общий недостаток эффективности итальянского правосудия становится главным препятствием на пути защиты коллективных прав.

Бельгия. В Бельгии Судебный кодекс и Гражданский кодекс содержат процессуальные механизмы для образования многосторонних процессов⁴. Сюда входит механизм объединения исков, которые должны рассматриваться совместно, чтобы предотвратить вынесение противоречащих друг другу решений, добровольное или принудительное вступление в процесс и представительство сторон, при котором лицо (физическое или юридическое) может получить мандат на представительство от группы лиц⁵. Эти механизмы критикуются как слишком громоздкие для широкомасштабных массовых исков, поскольку вопрос об участии в деле каждого члена группы решается индивидуально⁶.

¹ Таких, как *Parmalat*, *Cirio* и *Giacometti*.

² Codice del Consumo [Consumer Code], art. 140 (It.).

³ См., например: Council Directive 98/26/CE // 1998 O.J. (L166/45) (EU); Council Directive 2009/22/CE, 2009 // O.J. (L110/30) (EU).

⁴ Piet Taelman, Emilie De Baere, *New Trends in Standing and Res Iudicata in Collective Suits (Belgium)* // A.W. Jongbloed (ed.), *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Intersentia, 2008.

⁵ Hubert Bocken, Bernadette Demeulenare, *The Defence of Collective Interests in Belgian Civil Procedure // Effectiveness of judicial protection and the constitutional order: Belgian Report at the II International Congress of Procedural Law 161*, Kluwer, 1983 (Neth.).

⁶ Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans* // *The Belgian reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law 305*, 325, E. Dirix & Y.H. Leleu eds., Bruylant, 2011 (Belg.).

Как и в Италии, в Бельгии были приняты законодательные меры по имплементации европейских директив¹. Установленные таким образом режимы позволяют частным профессиональным, межпрофессиональным или общественным ассоциациям или организациям, удовлетворяющим определенным правовым критериям², заявлять в рамках целей своей деятельности требования о пресечении или предупреждении нарушений (так называемые иски групп). Эти нормы действуют в случаях с защитой прав потребителей; вводящей в заблуждение рекламой; несправедливыми условиями договоров и соглашений, заключенных на расстоянии; бесспорным взысканием потребительского долга; причинением вреда окружающей среде; дискриминацией и расизмом, а также авторскими правами. Подобные иски редки, так как их финансирование ограничено, взыскание убытков невозможно, а исход дела не является для членов группы обязательным.

В настоящее время нет положений о групповых исках об убытках, в рамках которых представитель мог бы требовать денежного возмещения от имени лиц с аналогичными требованиями, с тем чтобы последние были обязаны принять исход дела. Однако, возникло три предложения³: правительство⁴ предложило урегулировать мировые соглашения по модели голландского Акта о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда, а процесс построить на основе квебекского группового иска; две оппозиционные партии «зеленых»⁵ предложили двухступенчатую процедуру с разрешением последовательно общих и индивидуальных вопросов; Фламандская ассоциация юристов разработала законопроект о групповых исках. Ни одно из трех предложений еще не поступило в парламент.

Швеция. Шведский Акт о групповых процессах 2002 г. (*SGPA*) признает допустимыми в судах общей юрисдикции групповые иски по всем видам дел, включая иски частных, организационных и общественных групп. Могут быть заявлены требова-

¹ См., например: *Wet betreffende de intracommunautaire vorderingen tot staking op het gebied van de bescherming van de consumentenbelangen* [Cross Border Injunctions Act] of May 26, 2002 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] [Official Gazette of Belgium], July 10, 2002 (Bel.) (закон издан для применения *Council Directive 98/27/EC, 1998 O.J. (L166/51) (EU)* (о судебных приказах для защиты интересов потребителей)). Антидискриминационные акты изданы для реализации положений *Council Directive 2000/43/EC // 2000 O.J. (L180/22) (EU)* (о равноправии в сфере трудоустройства и работы); *Council Directive 2000/78/EC // 2000 O.J. (L303/16) (EU)* (о равноправии в сфере трудоустройства и работы) и *Council Directive 2004/113/EC // 2004 O.J. (L373/37) (EU)* (о равноправии мужчин и женщин в сфере доступа к товарам, услугам и т.п.). См. также: *Wet van ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*, [General Non-Discrimination Act] of May 10, 2007 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] [Official Gazette of Belgium], May 30, 2007 (Belg.); *Wet van ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen* [Gender Act] of May 10, 2007 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] [Official Gazette of Belgium] May 30, 2007 (Belg.); *Wet van tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden* [Racism Act] of May 10, 2007 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] [Official Gazette of Belgium] May 30, 2007 (Belg.).

² Например, наличие статуса юридического лица в течение определенного времени (обычно три года).

³ Подробный анализ этих предложений см. в работе: Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans*, at 325–342.

⁴ Например, министр по делам потребителей и министр юстиции. Анализ (авторами предложения) см. в статьях: Hakim Boularbah, *Des actions groupées vers l'action de groupe: quelle valeur ajoutée pour l'avocat? // La valeur ajoutée de l'avocat. Actes du Congrès de l'O.B.F.G. du 17 février 2011*, Anthemis, 2011 (Bel.), at 33; Andrée Puttemans, *L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge // A. Legendre (ed.), L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge* 24, Larcier, 2010 (Belg.).

⁵ *Ecolo & Groen*.

ния о вынесении судебного приказа и о возмещении убытков отдельным членам группы. Решение является обязательным для тех членов группы, которые заявили о вступлении в дело (*opt-in*). Хотя за 10 лет с момента принятия *SGPA* было подано только двенадцать исков, этот закон сыграл важную роль, увеличив количество истцов, повысив значимость судебных процессов и расширив доступ к правосудию¹.

Помимо этого потенциальные ответчики получили импульс к добровольному заглаживанию вреда и выплате компенсаций потенциальным членам групп. Таким образом, возможно, самая важная цель института групповых исков для требований, индивидуальное взыскание по которым невозможно, была превентивно достигнута путем модификации поведения. Реальная возможность получения правовой защиты создала сильный стимул для ответственного отношения к предотвращению и возмещению вреда.

Бразилия. Бразильская Конституция 1988 г. предусматривает групповые иски для защиты распространенных и коллективных интересов во всех отраслях права. Групповые иски регулируются федеральным законодательством, но могут быть поданы как в федеральные суды, так и в суды штатов, по требованиям из ряда правоотношений, включая права потребителей, защиту окружающей среды и коррупцию. Процесс обычно построен по принципу заявления о выходе из дела (*opt-out*), когда истцы имеют возможность продолжать процесс независимо от группы. Требования должны быть одинаковыми, но процедура сертификации, в которой определялась бы однородность требований, отсутствует. Есть только формальное положение закона о необходимости обеспечения надлежащего представительства для процессуальной правоспособности. Групповые иски могут быть поданы Государственной прокуратурой (*Ministério Público*) и Государственной адвокатурой (*Defensoria Pública*); другими государственными органами, такими как федеральное, региональное и муниципальное правительство, и иными; частными ассоциациями и союзами, такими как потребительские общества, которые должны быть зарегистрированы в публичном порядке, а также гражданами в случае предъявления группового иска в защиту публичной собственности (*ação popular*). Все средства судебной защиты, предусмотренные для обычного процесса, доступны и в процессе по групповому иску.

Российская Федерация. В Российской Федерации существует два вида групповых исков: первый был введен Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей» для защиты прав неопределенного круга лиц и известен как *публичный* групповой иск; второй — для защиты прав группы лиц, состав которой может быть установлен, был введен в 2009 г. и известен как *частный* групповой иск. Для справки: многие предпринимательские споры в России разрешаются арбитражными судами на основании Арбитражного процессуального кодекса РФ,

¹ В деле *Grupptalan mot Skandia v. Försäkringsaktiebolaget Skandia* [Skandia], 2003-10 T6341 (Swed.) некоммерческая организация (*Group Action against Skandia*) была создана в октябре 2003 г., чтобы требовать судебной защиты от имени 1,2 млн держателей полисов дочерней компании по управлению активами, чей бизнес был поглощен материнской компанией. Более 15 000 человек уплатили членский взнос в размере около 15 евро, чтобы покрыть расходы организации по ведению дела. Средства массовой информации широко освещали процесс. Он длился долго, и в конце концов стороны передали спор в третейский суд, который предписал основной компании уплатить 145 млн евро в пользу дочерней компании, что косвенным образом компенсировало потери держателей полисов. Организация заявила, что возмещение не было бы получено, если бы не существовало процедуры подачи группового иска. См.: Per Henrik Lindblom, *National Report: Group Litigation in Sweden* 22 (Dec. 6, 2007) (Swed.).

и только этот Кодекс содержит нормы о частных групповых исках. Остальные же споры обычно разрешаются судами общей юрисдикции, руководствующимися Гражданским процессуальным кодексом РФ, и большинство публичных групповых исков рассматривается в этих судах (что не исключает рассмотрения подобных исков в арбитражных судах).

Публичные групповые иски могут быть регламентированы непосредственно законом, например Законом РФ «О защите прав потребителей»¹, или возможность принесения таких исков может выводиться из природы правоотношений. Например, Федеральный закон от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» предусматривает, что «объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) народов Российской Федерации представляют собой уникальную ценность для всего многонационального народа Российской Федерации и являются неотъемлемой частью всемирного культурного наследия». Следовательно, если в суде возникает вопрос о защите памятников культуры, появляется необходимость в защите публичных интересов в отношении таких объектов.

В. Отдельные особенности

1. Цели

В отчетах можно наблюдать совпадение мнений о том, что среди целей массовых процессов — расширение доступа к правосудию, процессуальная экономия и влияние на поведение. Однако то, как описаны эти ценности и какое значение им придается, позволяет судить о конкретных стремлениях каждой правовой системы решить проблему обеспечения возможности коллективной защиты прав.

Доступ к правосудию имеет особое значение в странах общего права, где истцы обычно несут бремя обеспечения финансирования иска, в том числе оплачивают установление и представление на рассмотрение суда фактических обстоятельств дела. В странах, принадлежащих к континентальным правовым системам, проблемы другие, поскольку установление обстоятельств дела является обязанностью суда, что снижает финансовое бремя, лежащее на истцах — физических лицах. В этих странах обеспечение доступа к правосудию означает снижение нагрузки на суды путем объединения однотипных исков, которые в противном случае переполняли бы судебную канцелярию.

Среди стран общего права Соединенные Штаты больше других озабочены *процессуальной экономией*, поскольку здесь адвокаты могут аккумулировать однотипные иски в таких сферах, которые в других странах находятся в ведении административных судов. В этих странах массовые иски, состоящие из индивидуальных, экономически нежизнеспособных требований увеличивали бы, а не уменьшали нагрузку на суды². Такая ситуация способствует расширению доступа к правосудию, но процессуальная экономия в этом случае менее очевидна, поскольку массовыми становятся иски, которые вообще могли бы не быть поданы.

¹ Статьи 45, 46 Закона РФ «О защите прав потребителей» // СПС «КонсультантПлюс».

² Тем не менее такие иски нужно будет отличать от тех, которые в США называются «убыточными исками» (*negative value claims*), поскольку в других правовых системах порог жизнеспособности может быть гораздо выше, чем в США, где проигравший дело истец обычно не должен уплачивать гонорар представителю ответчика, так как в гражданском процессе давно приняты гонорары успеха.

В то же время необходимость разрешать большое количество споров, возникающих из одних и тех же обстоятельств, порождает смежную проблему *единства* судебной практики, особенно в тех правовых системах, где не действует доктрина обязывающей силы прецедентов (*stare decisis*). Как было указано выше, такая проблема возникает, например, в судах графств Англии по тем делам, на которых не распространяется обязательность решений вышестоящей инстанции, и, конечно, с той же проблемой сталкиваются в континентальных юрисдикциях, не признающих доктрину *stare decisis*.

Но можно смело сказать, что наибольшие разногласия вызывает такая цель массовых процессов, как изменение поведения. В странах и общего, и континентального права спорят о том, в какой степени частноправовой институт гражданского процесса должен служить этой цели. Это нельзя отнести на счет логистических различий процесса в общем и континентальном праве или на счет особенностей отдельных правовых систем — это важная особенность именно американского процесса.

Исследуя системы коллективной защиты права в предоставивших отчеты странах, интересно будет оценить стремление каждой правовой системы обеспечить эффективность коллективной защиты прав внутри системы гражданского процесса с помощью института группового иска, не задевая и не оценивая при этом то, что считается базовыми принципами процессуального права в этих правовых системах.

Канада. В 1978 г., на волне увеличения числа публично-правовых процессов¹ и с надеждой, что частные «прокуроры» смогут использовать институт группового иска для усиления законности, Квебек принял Закон о групповом иске². Вскоре после этого, в 1982 г., Комиссия по реформированию законодательства Онтарио опубликовала трехтомный отчет с рекомендацией принять подобный закон в Онтарио³. Отчет отмечал усложнение общественных отношений по причине «массового производства, массовой рекламы и массового потребления» и тот факт, что деятельность крупнейших корпораций, международных конгломератов и многочисленного правительства теперь может затрагивать множество людей и, возможно, причинять им вред⁴. С учетом того что «физическое лицо часто не может или не хочет в одиночку встать в оппозицию»⁵, институт группового иска может играть важную роль в расширении доступа к правосудию. «Предоставление «возможности озвучить массовые беды обыкновенным образом, через действующую судебную систему» (групповой иск) будет противоядием от социального недовольства в тех областях, где ни суды, ни административные органы не могут защитить права граждан индивидуально»⁶.

Доступ к правосудию, процессуальная экономия и влияние на поведение — три основных причины, по которым было рекомендовано принятие закона о групповых

¹ Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report* // 1 *Access to Justice* 36, M. Cappelletti, B. Garth, eds., Sijthoff & Noordhoff, 1979; см. также: Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* // 89 *Harv. L. Rev.* 1041 (1976).

² См.: W.A. Bogart, *Questioning Litigation's Role: Courts and Class Actions in Canada* // 62 *Ind. L.J.* 665 (1986–1987); Catherine Piche, *The Cultural Analysis of Class Action Law* // 2 *LSU L. Ctr. J. Civ. L. Stud.* 101, 118 (2009); Shaun Finn, *In a Class All Its Own: The Advent of the Modern Class Action and Its Changing Legal and Social Mission* // 2 *Can. Class Action Rev.* 333, 352–353 (2005) (Can.).

³ Ont. Law Reform Comm'n, *Report on Class Actions*, 1982 (Can.).

⁴ *Ibid.*, 3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibid.*, 130.

исках в Онтарио. В отчете отмечалось, что «многие иски не приносятся в индивидуальном порядке не потому, что они не обоснованы или не важны для потенциального истца, а из-за экономических, социальных и психологических барьеров»¹. Была выражена надежда, что институт группового иска поможет преодолеть эти барьеры и тем самым сыграет важную роль в общественной жизни.

В 1992 г., когда Закон был принят, получили признание и доступ к правосудию, и регулятивная функция. По словам генерального прокурора Онтарио, Закон способствовал не только расширению доступа к правосудию: «Представляющие группу лиц истцы на самом деле выступают в роли особых частных прокуроров, преследующих то, что они считают несоблюдением требований к качеству, экологическим бандитизмом, корпоративным надувательством. Этот не требующий затрат способ достижения частноправовой законности позволяет облегчить положение ограниченных рамками бюджета министерств, ответственных за исполнение законов»². За исключением этого, регулятивная функция института группового иска получила меньше признания, чем обеспечиваемое им расширение доступа к правосудию³; чаще всего признается, что групповые иски служат тройной цели обеспечения доступа к правосудию, процессуальной экономии и влияния на поведение⁴.

Австралия. Как и в Канаде, основной целью групповых процессов в Австралии считается расширение доступа к правосудию путем объединения требований, размер которых незначителен по сравнению с расходами на судебное преследование, с тем чтобы непропорционально высокие расходы не препятствовали принесению иска⁵. Одновременно, как и в Канаде, процедура преследует и регулятивные цели⁶, улучшая уровень защиты прав потребителей, эффективность рынков и состояние окружающей среды через частным образом финансируемые и продвигаемые судебные процессы⁷. Это особенно действенно в сферах, в которых пробелы регули-

¹ Ont. Law Reform Comm'n, *Report on Class Actions*, 1982 (Can.), 139.

² I. Scott, N. McCormick, *To Make a Difference: A Memoir* 182, Stoddart, 2001 (цит. по: Hon. I. Binnie, *Mr. Attorney Ian Scott and the Ghost of Sir Oliver Mowat* // 22 *Advoc. Soc'y J.* 4 (Spring 2004) (Can.)).

³ Верховный суд Канады указал на «социальный аспект» групповых исков в деле *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, para. 106 (Can.). В параграфе 16 решения по делу *Alfresh Beverages Can. Corp. v. Hoescht AG* (2002), CarswellOnt 77, [2002] 16 C.P.C. 5th 301 (Can. Ont.) Верховный суд Онтарио провозгласил, что «юристы, занимающиеся частными групповыми процессами, выполняют в публичных интересах функции регулирующего органа в области публичного порядка». Тем не менее безоговорочное признание более широкой публично-правовой функции групповых исков встречается редко.

⁴ *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton (Dutton)*, [2001] 2 S.C.R. 534, para. 28 (Can.). О том, до какой степени эти цели достигаются путем использования института группового иска, см.: Jasminka Kalajdzic, *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* // 53 *Sup. Ct. L. Rev.* 2d 3 (2011) (<http://www.uwindsor.ca/law/kalajj/system/files/Introduction-%20Kalajdzic.pdf>) (Can.).

⁵ *Access to Just. Taskforce, A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil System* 114 (2009) (Austl.) // <http://www.ag.gov.au/Documents/A%20Strategic%20Framework%20for%20Access%20to%20Justice%20in%20the%20Federal%20Civil%20Justice%20System%20Report%20of%20the%20Access%20to%20Justice%20Taskforce.pdf>; *Cth, Parliamentary Debates, House of Representatives*, 14 Nov. 1991, 3174 (Michael Duffy, Att'y Gen.) (Austl.); *Austl. Law Reform Comm'n, Grouped Proceedings in the Federal Court: Report no. 46*, at 13 (1988).

⁶ Bernard Murphy, Camille Cameron, *Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia* // 30 *Melb. U. L. Rev.* 399, 404 (2006) (Austl.).

⁷ См. выше: John Sorabji et al. (eds.), *Civil Justice Council, Improving Access to Justice Through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* 13, 2008 (Eng. & Wales) // http://www.lawcentres.org.uk/uploads/Improving_Access_to_Justice_through_Collective_Actions.pdf.

рования ведут к проблемам с компенсацией вреда, и интернализация такого вреда его причинителями будет служить превентивной мерой.

Англия и Уэльс. Массовые процессы в Англии и Уэльсе имеют, по описаниям, шесть целей: пропорциональность, предсказуемость, доступ к правосудию, судебная и иная экономия, (в меньшей степени) превенция и справедливость.

Пропорциональность, первейшая цель любого процесса согласно Правилам гражданского процесса (CPR)¹, требует выделять на каждое дело необходимую часть судебных ресурсов с учетом потребности в ресурсах всех других дел². Например, в определенном деле принцип пропорциональности может требовать процедуры на основе приказа о массовом процессе, в который вступили бы истцы, а не представительного иска³.

Предсказуемость — это очевидное преимущество соединения требований, которые в противном случае могли бы двигаться в мириадах направлений, по-разному разрешаться и подвергаться различным методам управления процессом со стороны суда. Законодательная инициатива 2010 г. о введении института группового иска способствовала бы достижению этой цели в рамках режима приказов о массовых процессах, но со сменой власти эта инициатива была свернута.

Доступ к правосудию лорд Вулф в своем отчете 1996 г. назвал среди трех принципов, лежащих в основе любого нового режима коллективной защиты прав, «когда большое количество людей пострадало от действий иных лиц, но потери каждого так незначительны, что индивидуальные иски экономически нецелесообразны»⁴. Апелляционный суд также отметил важность усилий по обеспечению возможности приносить перспективные иски в тех ситуациях, когда начать процесс в одиночку невозможно по экономическим причинам⁵.

¹ *Civil Procedure Rules* [CPR], 1998, S.I. 1998/3132, г. 1.1(1), (2)(c) (U.K.).

² CPR, г. 1.1(2)(e).

³ *Emerald Supplies Ltd v. British Airways Plc*, [2009] EWHC 741 (Ch) 741 [38], [2010] Ch. 48 (требование к авиакомпании об установлении цен), *aff'd*, [2010] EWCA (Civ) 1284, [2011] Ch. 354 (Eng. & Wales) (требование к авиакомпании об установлении цен). См.: *Taylor v. Nugent Care Soc'y*, [2004] EWCA (Civ) 51 [22], [2004] 1 W.L.R. 1129 (Eng.) (пропорциональность, о которой идет речь в приказе о массовом процессе). Противоположную точку зрения см.: *Millharbour Mgmt. Ltd. v. Weston Homes Ltd.*, [2011] EWHC (TCC) 661 [22(6)], [2011] 3 All E.R. 1027 (Eng.) (принцип пропорциональности свидетельствовал в пользу представительского иска).

⁴ Sir Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, 1996, ch. 17, para. 2 (Gr. Brit.). По мнению Совета по гражданскому судопроизводству Англии и Уэльса, «система гражданского процесса: 1. должна быть справедливой и в результатах, и в процессе их достижения; 2. должна быть справедливой и считаться таковой; 3. должна обеспечивать равенство процессуальных прав сторон вне зависимости от наличия у них ресурсов; 4. должна обеспечивать каждому участнику процесса реальную возможность представлять свои аргументы и отвечать на аргументы противной стороны; 5. должна относиться к одинаковым делам одинаково (и наоборот, относиться к разным делам по-разному); 6. должна рассматривать дела эффективно и экономно, таким образом, который понятен лицам, пользующимся системой правосудия по гражданским делам, и так, чтобы достигать максимально возможной правовой определенности; все это должно происходить в системе, в наибольшей степени способной реализовать эти цели... Эти принципы, которые отражают стремление лорда Вулфа к процессуальной справедливости, сегодня не менее важной, чем справедливость материальная, определили позицию Совета по гражданской юстиции, когда последний давал свои рекомендации [относительно реформы коллективной защиты прав]». См.: John Sorabji et al. (eds.), *Civil Justice Council, Improving Access to Justice Through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*, at 9–10.

⁵ *Afrika v Cape plc* [2001] EWCA Civ 2017, para. 1.

Судебная и иная экономия, также названная ключевым принципом лордом Вулфом, достигается применением процедуры, которая способна «быстрыми, эффективными и пропорциональными методами разрешать дела, в которых убытки каждого достаточно велики для принесения индивидуального иска, но количество истцов и вопросов, подлежащих разрешению, таково, что управлять потоком дел в рамках обычной процедуры невозможно»¹. Также были отмечены преимущества этой процедуры для ответчиков².

Превенция, являясь побочным продуктом получения членами группы возмещения, тем не менее представляет собой важное косвенное следствие эффективного частноправового принуждения к исполнению закона. Соответственно, Управление по добросовестной торговле и Европейской комиссии³ и правительство Великобритании⁴ признали, что частные действия жертв нарушения законодательства о конкуренции являются необходимым дополнением к действиям власти по обеспечению законности, поскольку они расширяют перечень дел, подлежащих расследованию, способствуют распространению знаний о конкурентном праве и обеспечивают превенцию.

Справедливость тоже была выделена в отчете лорда Вулфа, который признал, что коллективная защита прав должна помочь «достичь баланса между нормальными правами истца и ответчика приносить иски и защищать себя в индивидуальном порядке, и интересами группы лиц эффективно вести весь процесс целиком»⁵. В отчете Совета по гражданской юстиции 2008 г. указывалось, что справедливость остается действующей меркой в вопросах реформирования системы коллективной защиты прав и выстраивания юрисдикции⁶.

Нидерланды. Процедура по *WCAM* способствует расширению доступа к правосудию и судебной экономии, позволяя голландским заявителям обернуть в свою пользу результаты рассмотрения группового иска за рубежом (чаще всего в США), а истцам и ответчикам — избежать повторного рассмотрения дела. К тому же *WCAM* пытается развивать правовую определенность через институт судебных деклараций о правах и обязанностях сторон по спорам, урегулированным путем мирового соглашения⁷. Поскольку *WCAM* дает возможность получить компенсацию, иным

¹ Sir Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*; см.: *Emerald Supplies*, [2010] EWCA (Civ) 1284 [4] (Eng. & Wales).

² John Sorabji et al. (eds.), *Civil Justice Council, Improving Access to Justice Through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*.

³ Ibid., 60, 69.

⁴ Her Majesty's Treasury, Budget 2007, H.C. 342, *Improving Access to Justice through Collective Actions* 3.45 (U.K.), цит. по: John Sorabji et al. (eds.), *Civil Justice Council, Improving Access to Justice Through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*, at 50 n. 82.

⁵ Sir Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*; см.: Civil Procedure Rules [CPR], 1998, S.I. 1998/3132 r. 1.1(2)(a), (d) (U.K.).

⁶ John Sorabji et al. (eds.), *Civil Justice Council, Improving Access to Justice Through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*.

⁷ См.: Helene van Lith, *The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law*, Maklu Publishers, 2011 (2010) (Neth.); M.B.M. Loos, Frank Alleweldt et al. (eds.), *Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union — Country Report The Netherlands*, 2008 (Neth.) // http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/nl-country-report-final.pdf; *Memorie van Toelichting [Explanatory Memorandum to the WCAM]* // *Kamerstukken II* 2003-04, 29 414, no. 3 (Neth.); The Dutch Class Action (Financial Settlement) Act (WCAM) (Neth.) // www.rijksoverheid.nl; I.N. Tzankova; *Financiering en kosten van massaclaims: legal realism. Ofwel: wat kunnen we leren van de Engelsen (en van andere common law landen)?* // *Massaclaims:*

образом не доступную, к нему относятся как к подарку и редко заявляют о выходе из процесса (*opt-out*). Исполнение мировых соглашений и выплата компенсаций вызывали мало проблем, и процедура показала себя эффективным способом урегулирования для ответственных лиц.

Италия. Институт группового иска по итальянскому Потребительскому кодексу имеет главной целью расширение доступа к правосудию. Право на судебную защиту прав в гражданском и административном праве основывается на принципе равенства — фундаментальном принципе итальянской Конституции¹. С увеличением случаев массового причинения вреда основной проблемой, связанной с реализацией этого принципа, стало считаться отсутствие возможностей для коллективной защиты прав. Этот пробел был восполнен в части защиты прав потребителей товаров и услуг с включением института коллективной защиты прав в Кодекс о правах потребителей. Пока еще рано говорить о том, смогут ли массовые процессы служить также целям изменения поведения и превенции.

Бельгия. Существующие в Бельгии процедуры для проведения массовых процессов не отвечают требованиям доступа к правосудию, судебной экономии и влияния на поведение². Процессуальные приемы, такие как объединение исков, вступление в процесс и представительство сторон, направлены на достижения судебной экономии³, но их применение связано с необходимостью получить от каждого заявителя согласие на вступление в дело (*opt-in*). Соответственно, эти приемы неэффективны в отношении требований, взыскание по которым в индивидуальном порядке невозможно, а в отношении остальных требований их эффективность снижается, поскольку они не могут предотвратить мультиплицирование процессов⁴. Указанные выше цели не достигаются еще и потому, что существующие процедуры не дают возможности взыскивать убытки и поэтому служат только цели превенции. Ни традиционные процессуальные приемы, ни существующие режимы групповых исков не дают жертвам массового причинения вреда надежного доступа к правосудию. Современные предложения по реформированию института группового иска имеют целью устранить эти недостатки.

Швеция. Публичность текущих и предстоящих процессов⁵, несмотря на их небольшое количество, позволила групповым искам доказать свою эффективность

Class actions opz'n Nederlands 171–204, Stichting Mordenate College ed., Ars Aequi Libri, 2007 (Neth.); I.N. Tzankova, *National Report: The Netherlands: Part II* (2008) (Neth.) // http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands_National_Report_2.pdf; Tomas Arons & Willem H. van Boom, *Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from the Netherlands* // 21 *Eur. Bus. L. Rev.* 857, 865–866 (2010) (Neth.); Helene van Lith, *Case note Converium* // *ONDERNEMINGSRECHT* 3, 117–21 (2011) (Neth.); W.M. Schonewille, *De financiering van collectieve acties* // *ONDERNEMINGSRECHT* 137 (2010) (Neth.).

¹ См. ст. 3 Конституции Италии (устанавливает, что «все граждане имеют равную ценность для общества и равны перед законом независимо от пола, расы, языка, религии, политических убеждений, личных и социальных условий»); там же, п. 1 ст. 24 (устанавливает, что «каждый может передать дело на рассмотрение суда, чтобы защитить свои права, предоставленные гражданским и административным правом»).

² Эти цели, основанные на *Ont. Law Reform Comm'n, Report on Class Actions*, at 117 (Can.), были кратко охарактеризованы в деле *Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 at para. 27–29.

³ Charles van Reepinghe, *Ministerie van justitie, Verslag over de gerechtelijke hervorming*, 1964 (Belg.), 327.

⁴ См.: Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)* // 81 *Harv. L. Rev.* 356, 397–398 (1967); *Austl. Law Reform Comm'n, Grouped Proceedings in the Federal Court: Report no. 46*, at 107 (1988).

⁵ О роли судов и функциях гражданского процесса в Швеции см.: Per Henrik Lindblom, *National Report: Group Litigation in Sweden* 22 (на англ. яз.).

в аспектах расширения доступа к правосудию и изменения поведения. Судебное правотворчество и появление прецедентов¹ обычно связывают с публичными и организационными групповыми исками, которые подают влиятельные и известные агентства и некоммерческие организации, но это происходит и в случае подачи исков группами частных лиц. Более того, групповые иски вызывают споры о политике права, стимулируют размышление об этических/моральных проблемах, чем могут существенно повлиять на развитие права. Хотя вначале ответчики стараются избегать групповых процессов, последние позволяют окончательно прекратить спор, поскольку исход дела обязателен для всех членов группы лиц. Групповые иски потенциально способны развивать судебную экономию, особенно по делам, в которых возможно индивидуальное возмещение².

Бразилия. Цели групповых исков в Бразилии те же, что и в Северной Америке. Однако к ним еще нужно добавить желание предотвратить противоречивость судебных решений, поскольку Бразилия не придерживается принципа обязательности прецедентов, известного в системе общего права. Групповые процессы в Бразилии изменили характер правосудия по гражданским делам с индивидуального на социальный. Возможна разница в терминологии, но по существу системы очень похожи: «распространенные» или «коллективные» интересы в Бразилии – это те же интересы, которые защищаются американскими федеральными Правилами 23(b)1 и 23(b)2, а «однородные» интересы соотносятся с теми, которые защищаются Правилом 23(b)3.

Российская Федерация. Развитие экономических и правовых отношений привело к формированию настоящей потребности в средстве защиты группы лиц, выдвигающих сходные фактические и правовые требования. Ввиду числа участников процесса традиционный институт объединения исковых требований неэффективен, и в научной литературе подчеркивается необходимость разработки процедуры, соответствующей особым потребностям группового процесса.

2. Представительство

Подходы к судебному представительству в различных правовых системах имеют принципиальные отличия. Вообще, в системе общего права сложилась традиция самостоятельного составления и возбуждения иска индивидуальными истцами после консультации с адвокатами. В соответствии с принципом диспозитивности

¹ Это относится к судебному надзору и контролю за соответствие национального права праву ЕС.

² См.: *Ozum v. Sweden*, Tingsrätt [TR] [Uppsala District Court] 2008 T3897 (Swed.), *aff'd*, Hovrätt [HovR] [Svea Court of Appeals] (Swed.). Принцип квотирования был использован при наборе студентов на курс ветеринарной медицины в Шведском университете сельскохозяйственных наук в Упсале, что давало преимущество при поступлении представителям того пола, который был меньше представлен среди студентов (в данном случае – мужчинам). Подал частный групповой иск в июле 2008 г., истица требовала возместить ей и еще 46 студенткам, которые не были приняты, убытки в размере 4,6 млн швед. крон (около 500 000 евро). Ее интересы представлял фонд «Центр правосудия» (*Centrum för rättvisa*), который принял на себя обязательства по уплате судебных расходов. Правительство, действуя через аппарат Канцлера юстиции, заявило об отсутствии возражений относительно рассмотрения иска в качестве группового. Окружной суд Упсалы принял решение в сентябре 2008 г. о рассмотрении иска в качестве группового и в окончательном решении обязал шведское государство уплатить по 35 000 шведских крон (около 3500 евро) истце и каждому члену группы, что составило 1,6 млн шведских крон (160 000 евро). Решение было оставлено в силе Апелляционным судом (*Svea Hovrätt*).

предполагается, что истцы способны оценить свои требования самостоятельно и выбрать способ разрешения спора, наилучшим образом соответствующий достижению желаемого результата. На том принципе основывается общественное доверие к системе представительства одним истцом интересов других, находящихся в сходных условиях, при условии, что основному истцу помогают юристы, а у остальных есть право на выход из процесса (*opt-out*).

Напротив, в системе континентального права, где основная обязанность по направлению хода процесса возложена на судью, отсутствие принципа диспозитивности может ограничить веру в способность индивидуальных истцов направлять судебный процесс в целях возмещения нанесенного им ущерба. В континентальном праве общественные организации, или «истцы по идеологии», могут рассматриваться как более приспособленные к преодолению трудностей при защите прав группы лиц. Дискуссии в этих странах ведутся в основном о том, кому принадлежит право представления истцов: только лишь аккредитованным общественным объединениям или в том числе и организациям, специально созданным с целью ведения спора; а также о том, как должна определяться правоспособность таких организаций.

Для американских юристов перспектива привлечения общественных организаций к роли представителей истца дает основание для возникновения проблемы посредничества и подозрений в возможности захвата. Профессора Иссахаров и Миллер отмечали:

«Интересы некоммерческих потребительских организаций могут отражать идеологические соображения, необязательно совпадающие с экономическими интересами потребителей. ...Данная потенциальная возможность искаженного представительства в результате скрытых политических планов не является настолько пугающей в американской системе групповых исков, где истцы, как правило, представляются адвокатами, интересы которых состоят в получении прибыли, а не в изменении мира»¹.

Даже в рамках общего права в различных правовых системах возникли интересные различия в подходе к данному вопросу. Частично это является следствием того простого факта, что, несмотря на принцип диспозитивности, истец представляет не только свои личные интересы, но также и интересы всей группы лиц, в которую входят люди, зачастую не имеющие ничего общего, за исключением своих требований. В Австралии это вынудило законодателей отменить принцип диспозитивности при направлении хода процесса истцом и вместо этого ввести фидуциарную обязанность для представителя группы лиц по обеспечению их интересов. Истец в австралийской системе выступает в качестве образца пострадавшего лица, на чем примере изучаются фактические обстоятельства дела, а не в качестве ответственного за направление судебного процесса субъекта.

Подходы австралийской и континентальной систем права отличаются от подхода, принятого в правовой системе США, где ответственный представитель истца, способный высказать независимое от юрисконсульта мнение, рассматривается как важная гарантия непричинения вреда интересам группы лиц, возникающего в силу неизбежного конфликта интересов, с которым сталкивается представитель группы лиц. Несмотря на признанную возможность существования конфликта между

¹ Samuel Issacharoff, Geoffrey P. Miller, *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, 194.

интересами истца, представляющего группу, и других членов группы¹, решение было найдено в обязательном наличии материального интереса в исходе судебного процесса у представляющего группу истца².

Нижеприведенный анализ является интересным с точки зрения того, как общие сомнения, связанные с такими вопросами, как стремление истца, представляющего группу лиц, обеспечить интересы членов группы наилучшим образом и его способность контролировать адвоката, были по-разному разрешены в различных правовых системах.

Канада. В групповых исках истцы в судебном процессе должны быть представлены представителем, способным «справедливо и адекватно представлять интересы группы лиц»³. Надлежащее представительство обычно определяется качеством мотивации истца по возбуждению иска, способностью понести судебные расходы и компетентностью нанятого адвоката⁴.

Мотивация сама по себе является, возможно, трудно оцениваемой категорией, однако истец, представляющий группу, должен, как минимум, иметь «такой же интерес, как и другие лица в группе» и не быть финансово нуждающимся⁵. В теории любое юридическое лицо, имеющее непосредственное основание для принесения иска, может выступать в качестве представителя группы. Большинство истцов, представляющих группу, являются физическими лицами, однако там, где в таком качестве могут выступать организации, закон налагает определенные ограничения⁶. В Квебеке были случаи, когда потребительские организации выступали как представители группы, однако за пределами Квебека такое происходит редко.

Чаще всего юристы, занимающиеся групповыми исками, сами обращаются к лицам, способным стать представляющими группу истцами⁷. Эта практика является противоречивой: практикующие юристы рассматривают такой механизм как необходимый в целях расширения доступа к правосудию, однако теоретики и судьи сомневаются в том, что это способствует эффективному контролю за действиями

¹ Jasminka Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis* // 49 *Osgoode Hall L.J.* 1, 11–12 (2011) (Can.).

² *Ibid.*, 25–26 (цитируется *Private Securities Litigation Reform Act*, 15 U.S.C. § 78u-4 (2006)). Помимо этого, хотя речь в Законе идет об истце, представляющем группу лиц, функция представительства часто осуществляется комитетом истцов.

³ *Class Proceedings Act*, R.S.O. 1992, c. 6 § 5(1)(e)(i) (Can. Ont.).

⁴ *Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, para. 41.

⁵ *Smith v. Canadian Tire Acceptance Ltd.* (1995), 22 O.R. 3d 433, para. 63 (Can. Ont. Gen. Div.), *aff'd*, 26 O.R. 3d 94 (Can. Ont. C.A.).

⁶ См. Гражданский процессуальный кодекс (R.S.Q., c. C-25, arts. 999, 1048 (Can. Que.)) (который предусматривает, что юридическое лицо, преследующее частный интерес, товарищество или ассоциация могут быть представителями, если один из их членов является членом группы, намеревающейся предъявить коллективный иск, и интерес этого члена связан с уставными целями данного юридического лица или ассоциации).

⁷ По данным проведенного небольшого опроса, охватившего примерно 77 юристов, представляющих групповые иски и работающих в 13 компаниях, сообщивших о 332 групповых исках на 1 января 2009 г. Ни в одной из четырех компаний с наибольшей долей групповых исков (по 40 на каждую) общий процент дел, инициированных клиентами, которым была необходима правовая помощь от компании, не превысил 25%. См.: Jasminka Kalajdzic, *Access to Justice for the Masses? A Critical Analysis of Class Actions in Ontario* (2009) (LLM thesis, U. Toronto) // at https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/18780/6/Kalajdzic_Jasminka_200911_LLM_Thesis.pdf

представителя¹. Представляющий группу лиц истец, к которому обратился юрист, может не обладать достаточной заинтересованностью, независимостью и стимулом к выполнению своих обязанностей перед группой лиц по вынесению независимого суждения при поручении ведения дела адвокату². Тем не менее в некоторых случаях «рекрутирование» истца и его ограниченные контакты с адвокатом приводили к дисквалификации³. Как только кандидатура представителя группы лиц утверждается аттестационным судьей, ему сразу предоставляется право нанимать, увольнять представителя истца, а также поручать ему ведение дел, на него также налагается обязанность действовать наилучшим образом в лучших интересах группы лиц⁴. Степень участия представляющего группу истца значительно различается в различных делах⁵.

Австралия. В Австралии групповые иски обычно приносятся специализированными юридическими компаниями, однако немногие из них имеют достаточный масштаб для ведения крупных групповых исков⁶. Для предъявления группового иска компанию⁷ должны на это уполномочить как минимум семь истцов⁸. Компания руководствуется инструкциями этих истцов, однако имеет фидуциарную обязанность по отношению ко всем членам группы лиц⁹ и обязана защищать интересы группы в случае конфликта между ней и представляющими группу истцами. Смежные групповые иски встречаются часто¹⁰ и составляют практически половину групповых исков, поданных в Федеральный суд Австралии¹¹, треть из которых была предъявлена различными юридическими компаниями¹². В одном случае по реше-

¹ См.: Jasminka Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis*; Catherine Piche, *The Class Action Settlement Actors: Who Protects Whom?* // 23 *Sup. Ct. L. Rev.* 2d 57 (2011) (Can.).

² *Chartrand v. Gen. Motors Corp.*, 2008 BCSC 1781, paras. 96–112 (Can. B.C.); *Singer v. Schering-Plough Can. Inc.*, 2010 ONSC 42, paras. 221 (Can. Ont.); *Poulin v. Ford Motor Co. of Can.* (2006), 35 C.P.C. 6th 264, paras. 85–95, 105 (Can. Ont. Sup. Ct. J.), *aff'd*, [2008] O.J. No. 4153 (Can. Ont. Div. Ct.) (истец, который был назван обратившимся к нему юристом «пешкой», был в итоге признан ненадлежащим представителем группы лиц).

³ *Fantl v. Transamerica Life Can.* (1998), 66 C.P.C. 6th 203, paras. 26–40 (Can. Ont. Div. Ct.), *aff'd*, 2009 ONCA 377 (Can. Ont.).

⁴ *Fantl*, 2009 ONCA 377, paras. 48–74.

⁵ Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis*.

⁶ Vicki Waye, Vince Morabito, *The Dawning of the Age of the Litigation Entrepreneur* // 28 *Civ. Just. Q.* 389, 425 (2009) (U.K.). С 1992 по 2009 г. приблизительно одна треть всех групповых исков, предъявленных в Федеральный суд, были поданы двумя юридическими компаниями, которые были единственными, принявшими участие в более чем 10 таких судебных процессах. См.: V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, First Report: Class Action Facts and Figures* 28 (2009).

⁷ *Matthews v. SPI Electricity Pty. Ltd.* (No. 1) [2011] VSC 167, paras. 44–46 (Austl.).

⁸ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) s 33C(1)(a); *Supreme Court Act* 1986 (Vic) s 33C(1)(a) (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW), s 157(1)(a) (Austl.).

⁹ *Petrusevski v. Bulldogs Rugby League Club Ltd.* [2003] FCA 1056, para 7 (Austl.); *King v. AG Austl. Holdings Ltd.* (2002) 121 FCR 480, 488–89 (Austl.); *Courtney v. Medtel Pty. Ltd.* (2002) 122 FCR 168, 182, 184–185 (Austl.); *McMullin v. ICI Austl. Operations Pty. Ltd.* [1997] No NG 305 (Unreported, Wilcox J, 27 Nov. 1997) (Austl.), процитировано в *King*, 121 FCR at 482.

¹⁰ См.: V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives* 21 (2010).

¹¹ *Ibid.*, p. 22.

¹² *Ibidem*.

нию суда был создан процессуальный комитет, который должен был решить, как наилучшим образом действовать в интересах группы лиц, и все дела были рассмотрены одновременно¹.

Физические лица, корпорации, торговые союзы, объединенные ассоциации и местные правительственные советы — все могут выступать в качестве представляющих группу истцов². Их интересы необязательно должны быть идентичны интересам группы лиц, при условии, что требования имеют действительно общие правовые и фактические основания³. Однако каждый представитель группы лиц и каждый отдельный истец должны иметь требования к каждому из ответчиков⁴. Представители группы лиц должны иметь процессуальную правоспособность для предъявления своих требований⁵, но они не становятся агентами или доверенными лицами истцов⁶. Эти роли выполняет ведущие групповой иск юристы. Именно поэтому необходимость в существовании фигуры представляющего группу истца ставится под сомнение исследователями⁷. В случае ненадлежащего представительства интересов группы истцов представители могут быть смещены⁸, и сами члены группы также могут выйти из процесса⁹, если они недовольны его ходом.

Большинство групповых исков предъявляются частными лицами, однако в 2001 г. право возбуждения судебного преследования в общественных интересах от имени и с письменного согласия лиц, понесших ущерб¹⁰, было предоставлено Австралийской комиссии по защите потребителей и конкуренции (ACCC)¹¹ и Австралийской комиссии по инвестициям и ценным бумагам (ASIC)¹². Целью передачи им такого

¹ Kirby v. Centro Properties Ltd. [2008] FCA 1505, paras 9–12, 39 (Austl.).

² V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives*, at 45.

³ См., например: Williams v. FAI Home Sec. Pty. Ltd. (No 2) [2000] FCA 726, para 12 (Austl.); Rod Inv. Pty. Ltd. v. Clark (No 2) [2006] VSC 342, para 53 (Vic.) (Austl.); Woodcroft-Brown v. Timbercorp Sec. Ltd. [2010] VSC 68, paras 14–17 (Austl.).

⁴ Philip Morris (Austl.) Ltd. v. Nixon (2000) 170 ALR 487, para 3 (Austl.). Однако в Bray v. F Hoffman-La Roche Ltd. (2003) 200 ALR 607, paras 122–130, 246–248 (Austl.), большинство судей в пленарном заседании Федерального суда высказали мнение по ходу процесса (параграфы 630–631, [122]–[130] выражают мнение J. Carr и параграфы 657–659, [246]–[248] — J. Finkelstein), что они посчитали решение по делу Philip Morris неверным с этой точки зрения. Тем не менее дело Philip Morris стало примером для многих последующих. Например, см.: Cook v. Pasmenco (No 2) (2000) 107 FCR 44, 46 (Austl.); Johnstone v. HIH Ins. Ltd. [2004] FCA 190, para 38 (Austl.); Rod Inv. [2006] VSC 342; Kirby, [2008] FCA 1505, paras 175–176 (Austl.).

⁵ Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s 33D; Supreme Court Act 1986 (Vic) s 33D (Austl.); Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 158 (Austl.). Более того, эти положения позволяют представителю группы лиц, инициировавшему процесс, поддерживать его, несмотря на отсутствие собственных требований к ответчику.

⁶ Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s 33E; Supreme Court Act 1986 (Vic) s 33E (Austl.); Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 159 (Austl.).

⁷ Damian B. Grave & Kenneth A. Adams, *Class Actions in Australia*, 2005, 131–132.

⁸ Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s 33T; Supreme Court Act 1986 (Vic) s 33T (Austl.); Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 171 (Austl.).

⁹ Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s s33J; Supreme Court Act 1986 (Vic) s 33J (Austl.); Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 162 (Austl.).

¹⁰ См.: Competition and Consumer Act 2010 (Cth) s 87 (1B) (Austl.); Australian Securities and Investment Commission Act 2001 (Cth) s 50.

¹¹ ACCC выполняет эти расширенные функции, используя целый набор правомочий, которыми ее наделяет Закон о потребителях и конкуренции 2010 г. (Competition and Consumer Act 2010 (Cth) (Austl.)).

¹² Australian Securities and Investment Commission Act 2001 (Cth) s 1(2).

полномочия было преодоление трудностей по ведению дорогостоящих и трудных судебных процессов¹, однако она не была достигнута². В течение 1992–2009 гг. лишь 15 из 241 исковых заявлений, поданных в Федеральный суд Австралии, были предъявлены ACCC и ASIC³, которые предпочли предоставить частным лицам оценку судебных издержек и прибыли⁴.

В 2010 г. ACCC и ASIC было передано полномочие по предъявлению исков без письменного согласия, на основании судебного признания нарушения ответчиком законодательного запрета на недобросовестное, вводящее в заблуждение или обманчивое поведение, или извлечения им выгоды из несправедливых условий договора⁵. В таких исках суды не присуждают компенсацию ущерба⁶, но могут издавать различные приказы, включая признание договора частично или полностью недействительным, изменение стандартных форм договоров, предписание возврата или возмещения стоимости имущества или издание приказа об оказании услуг. Приказы являются обязательными для потребителей, не выступающих в качестве сторон по делу, принявших возмещение от ответчика, действующего по указанию суда.

Правозащитные действия в рамках полномочий, принадлежащих этим регулирующим органам, могут привести к появлению других коллективных форм возмещения ущерба⁷. Эти полномочия включают издание оповещений для публики⁸ и требований о прекращении нарушений⁹. Они не подлежат судебному рассмотрению, но могут усилить позиции истцов в групповом иске. Судебный процесс с участием группы лиц, инициированный частными лицами с целью получения возмещения и основанный на заключении регулятивного органа, может предшествовать, следовать или осуществляться совместно с решением регулятивного органа.

¹ *Austl. Sec. Comm'n v. Deloitte Touche Tohmatsu* (1996) 70 FCR 93, 115 (Austl.); *Somerville v. Austl. Sec. Comm'n* (1995) 60 FCR 319, 324 (Austl.).

² Janet Austin, *Does the Westpoint Litigation Signal a Revival of the ASIC Section 50 Class Action* // 22 *Austl. J. Corp. L.* 8 (2008).

³ V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes: First Report: Class Action Facts and Figures* 28 (2009).

⁴ *ASIC Regulatory Guide* 4, 1991 (Cth) reg 4.4 (Austl.); *ACCC Compliance and Enforcement Policy* 2012 (Cth) 2 (Austl.) (для ACCC более характерно вмешательство в дела с очевидными нарушениями национального и международного значения, включая важные вопросы толкования права, чем в дела с частными коммерческими интересами сторон).

⁵ *Competition and Consumer Act* 2010 (Cth) s 239 (Austl.); *Australian Securities and Investment Commission Act* 2001 (Cth) s 12GNB.

⁶ *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Bill* 2009 (Cth) sch 2 pt 7. Невключение в решение возмещения ущерба может быть реакцией на постановление в деле *Georgiadis v. Austl. & Overseas Telecom. Corp.* (1994) 179 CLR 297 (Austl.), согласно которому иск о возмещении убытков является неотъемлемым правом собственности, за исключением оснований по ст. 51 (xxxv) Конституции Австралии или случаев, когда процесс имел целью заполнение пробелов законодателя там, где ущерб был невелик, что согласуется со способностью ASIC взыскивать компенсацию как приложением к ее полномочию взыскивать гражданско-правовую санкцию в соответствии со ст. 1317H, 1317HA *Corporations Act* 2001 и полномочию регулятивного органа требовать возмещения от имени потребителей как элементу обеспеченного правовой защитой обязательства.

⁷ *Competition and Consumer Act* 2010 (Cth) s 87B (Austl.); *Australian Securities and Investment Commission Act* 2001 (Cth) s 93AA.

⁸ *Competition and Consumer Act* 2010 (Cth) s 51ADA (Austl.); *Australian Securities and Investment Commission Act* 2001 (Cth) s 12GLC.

⁹ *Corporations Act* 2001 (Cth) s 1317DAC (Austl.); *Competition and Consumer Act* 2010 (Cth) s 134A (Austl.).

Например, в деле *Multiplex* в 2005 г. проведенное ASIC расследование по факту вводящего в заблуждение и обладающего признаками обмана поведения международной строительной компании увенчалось установлением обязательства (обеспеченного судебной санкцией) учредить компенсационный фонд в размере 32 млн дол. в пользу инвесторов, произвести независимый обзор политик и практик раскрытия информации и исполнить все последующие рекомендации¹. Затем был подан групповой иск, и по условиям мирового соглашения² инвесторы получили во много раз больше, чем они получили бы по результатам процедуры ASIC³. Схожий пример: в соглашении *Amtcor/Visy* требование АССС о применении денежных санкций по Акту о торговых практиках 1974 г. за сговор в отношении цен и соглашения по разделу рынка повлекло наложение штрафа⁴, а затем последовал групповой иск от имени предприятий, приобретших их продукцию во время расследования⁵. Наконец, в деле *Opes Prime* компания по кредитованию под залог ценных бумаг и фондовому брокерству продлила инвесторам займы, обеспеченные акциями, зачастую имеющими большую стоимость, чем сами займы⁶. Акции были переданы спонсорам *Opes Prime*, двум ведущим банкам. Когда компания, ведущая операции с ценными бумагами, обанкротилась, банки конфисковали акции, и ASIC начала расследование по выдвинутым заявлениям о незарегистрированной схеме управления инвестициями, осуществляемой компанией и ее спонсорами. Групповой иск был предъявлен от имени инвесторов; в результате процедуры медиации, инициированной ASIC, было достигнуто глобальное соглашение, требовавшее от банков выплатить ликвидаторам сумму, позволявшую выплатить определенное возмещение инвесторам⁷.

На сегодняшний день баланс между публично и частно инициированными групповыми исками редко выносятся на публичное обсуждение, несмотря на существенные операционные издержки в виде гонораров адвокатам и вознаграждения процессуальным спонсорам⁸ и отчет 2009 г. по доступу к правосудию в Австралии⁹.

Англия и Уэльс. В английской системе гражданского судопроизводства встречаются значительные споры по вопросу допуска идеологических истцов к представительству группы лиц в судебном процессе. Система приказов о коллективных процессах наделяет полномочиями по ведению дела сторону, имеющую прямое

¹ Austl. Sec. Inv. Comm'n, 06-443 ASIC accepts an enforceable undertaking from the Multiplex Group (Dec. 20, 2006).

² *P Dawson Nominees Pty. Ltd. v. Brookfield Multiplex Ltd.* (No. 4) [2010] FCA 1029 (Austl.).

³ Ben Butler, *ASIC attacked on Multiplex deal* // *The Age* (Australia), July 22, 2010 (<http://www.theage.com.au/business/asic-attacked-on-multiplex-deal-20100721-1018a.html>).

⁴ *Austl. Competition & Consumer Comm'n v. Visy Indus. Holdings Pty. Ltd.* (No. 3) (2007) 244 ALR 673.

⁵ *Jarra Creek Cent. Packing Shed Pty. Ltd. v. Amtcor* [2011] FCA 671, para 6 (Austl.).

⁶ См., например: *Beconwood Sec. Pty. Ltd. v. Austl. & N.Z. Banking Grp. Ltd.* (2008) 246 ALR 361 (Austl.).

⁷ *Fowler v. Lindholm* (2009) 178 FCR 563 (Austl.).

⁸ V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives* (2010).

⁹ *Access to Just. Taskforce, A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil System*, at 119–127. Но см.: Elizabeth Boros, *Public and Private Enforcement of Disclosure Breaches in Australia*, 9 // *J. Corp. L. Stud.* 409 (2009) (комментарий по поводу поэтапного совершенствования режима предоставления судебной защиты и пересекающихся средств судебной защиты, содержащий высказывания в пользу принудительного применения в отношении индивидуальных ответчиков, а не *pocket shifting* компенсации от организаций).

основание для подачи иска, а не организацию, представляющую интересы группы лиц¹. За последние годы торговым и иным ассоциациям не было предоставлено разрешение представлять своих членов в рамках коллективных исков². Тем не менее в недавно рассмотренном секторальном представительском иске по последующим искам в конкурентном праве³ Ассоциация английских потребителей была одобрена в качестве представителя истцов-потребителей. Предложенные изменения в законопроект о финансовых услугах 2010 г. предполагали разрешение представительства идеологическими истцами⁴.

Дальнейшие споры касаются того, может ли любая надлежащая организация выступать в качестве идеологического истца или им должна быть лишь одна из заранее обозначенных организаций. В рамках действующего правопорядка в конкурентном праве лишь заранее установленные организации могут выступать в таком качестве, однако согласно предложенному законопроект о финансовых услугах это может быть позволено любой надлежащей организации, соответствующей законным требованиям⁵. Наконец, существуют разногласия по поводу того, должны ли идеологические истцы единолично выступать в качестве представителей или данное право принадлежит также и членам группы. Опять же, в рамках режима конкурентного права только заранее установленной организации это может быть разрешено, однако в рамках предложенного законопроект режима обе группы субъектов, соответствующие критерию надлежащих лиц, могут предъявлять иски.

Методы выбора представителей и их функции также различаются в разных правовых режимах. В режиме представительских исков представитель должен иметь тот же интерес, что и представляемый. Этот критерий оказался трудным для выполнения⁶. Согласно приказу о коллективных процессах, если суд применяет подход прецедентного дела⁷, то иск одного из истцов может быть рассмотрен и результат может иметь прецедентную силу в отношении исков других истцов, входящих в список группы лиц. По предложенным изменениям в Закон о финансовых услугах 2010 г. представляющие группу истцы должны соответствовать критерию адекватности и быть способны оплатить подлежащие возмещению расходы ответчика по приказу суда⁸.

Нидерланды. При вынесении решения об одобрении соглашения по процедуре, установленной *WSAM*, голландские суды тщательно изучают компетентность представляющей организацией. И хотя формальные требования к процессуальной правоспособности не являются обременительными, имеет место строгая судебная оценка того, в достаточной ли мере организация представляет интересы лиц, от имени кото-

¹ *Civil Procedure Rules [CPR] S.I. 1998/3132, Practice Direction 19B, para. 3.1 (U.K.)* (применение *GLO* «может быть осуществлено как истцом, так и ответчиком»).

² *Consorzio del Prosciutto de Parma v. Marks & Spencer Plc* [1990] F.S.R. 530 (Ch), *aff'd*, [1991] R.P.C. 351 (A.C.) (U.K.); *Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd.* [1998] R.P.C. 117 (Ch), *aff'd*, [1999] R.P.C. 826 (A.C.) (U.K.).

³ *Competition Act*, 1998, § 47 (U.K.).

⁴ См.: *Financial Services Bill*, 2010, H.C. Bill 2010–2012 (U.K.) (с предложением *CPR* 19.21(3)).

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Emerald Supplies Ltd. v. British Airways Plc.* [2009] EWHC 741 (Ch), *aff'd*, [2010] EWCA (Civ) 1284 (A.C.) (U.K.).

⁷ *Civil Procedure Rules [CPR] S.I. 1998/3132, r. 19.13(b) (U.K.)*.

⁸ См.: *Financial Services Bill*, 2010, H.C. Bill 2010–2012 (U.K.) (с предложением *CPR* 19.21(2)(b)(iv)).

рых соглашение было заключено. Является ли представительская организация общей по характеру, как, например, Ассоциация потребителей, Ассоциация инвесторов, или же *ad hoc* организация была учреждена для защиты интересов лиц, в пользу которых специальное соглашение было заключено¹, в любом случае она должна убедить суд в том, что она служит интересам лиц, связавших себя соглашением.

При определении адекватности представительства суды могут принять во внимание различные критерии, как, например, действия, предпринятые ассоциацией, от имени своих членов, количество заинтересованных сторон — членов ассоциации, общее согласие заинтересованных сторон на представительство ассоциацией интересов истцов. Суд не наделен полномочием распространять обязательную силу соглашения только на часть группы, однако с его стороны может поступить предложение об изменении соглашения сторонами с целью ограничения его обязательного действия на достаточно представленных лиц. Ограниченная сфера действия может повлиять на эффективность предложенного соглашения, так как она влияет на степень достижения согласия по вопросам ответственности стороны.

Некоторые ставят под сомнение способность представительской организации, созданной по голландскому праву, представлять интересы истцов не из Нидерландов. Для решения данного вопроса существуют различные практические предложения, как, например, письменные выражения поддержки соглашения представительскими организациями из других стран, резиденты которых включены в группу лиц, намеревающихся заключить соглашение, участие таких организаций в переговорном процессе и заключении мирового соглашения или их согласие стать его стороной. В делах, включающих мультиюрисдикционные группы лиц, вопрос состоит не столько в том, представляет ли одна представительская организация группу в целом, сколько в том, являются ли представительские организации и учреждения совместно способными достаточно представлять интересы лиц, в пользу которых соглашение заключено.

Италия. Любой член группы или потребительская организация может выступать в качестве представителя группы истцов. Как только групповой иск признается приемлемым, суд издает приказ об уведомлении потенциальных членов группы и устанавливает срок для вступления в процесс. Члены группы, принимающие участие в процессе, связаны решением, но не признаются сторонами иска, который объединяет лишь основного истца и ответчика. Срок участия в процессе может быть кратким и в любом случае не может превышать 120 дней, после чего никакой другой групповой иск не может быть принесен против того же ответчика по той же группе вопросов.

Единственная ссылка в законодательстве на компетентность относится к способности истца обеспечить адекватную защиту интересов группы лиц. Тогда как требование об участии в процессе позволяет членам группы избежать участия в групповом иске, по поводу которого они не уверены, что их интересы в нем адекватно представлены, недостаток полномочия по выражению инициативы в процессе не позволяет членам группы предпринимать шаги для обеспечения адекватного представления их интересов, если они решат принять участие в процессе.

¹ Среди примеров: *Shell Reserves Compensation Foundation* в Соглашении *Shell* и *Stichting Converium Securities Compensation Foundation* в Соглашении *Converium*.

Бельгия. Группы истцов могут быть представлены учрежденными частными профессиональными, межпрофессиональными или общественными организациями или организациями, чьи законные цели соответствуют основанию иска. В пользу представительства идеологическими истцами выдвигается три основных аргумента¹: интересы представителя совпадают с группой в целом, а не с кем-то из истцов лично²; физические лица защищены от рисков и бремени представительства³; а также финансирование процесса более управляемо.

Швеция. Существует три вида групповых исков, различающихся по критерию субъекта, ведущего процесс: частные лица, организации и органы государственной власти. Иск частной группы может быть предъявлен физическим или юридическим лицом, являющимся членом группы и обладающим процессуальной правоспособностью в отношении как минимум одного основания иска. Некоммерческие потребительские организации могут представлять потребителей или рабочих в сфере потребительского и природоохранного права в исках, касающихся товаров, услуг или других предметов общественного потребления, предлагаемых в ходе предпринимательской деятельности потребителям преимущественно для личного использования. Некоммерческие организации, деятельность которых направлена на защиту природы и окружающей среды (а также профессиональные федерации рыболовства, сельского хозяйства, животноводства и лесного хозяйства), могут предъявлять иски по нарушениям и/или по возмещению ущерба за нанесенный вред окружающей среде. Любая организация, независимо от своих масштабов, может получить одобрение суда⁴ на осуществление представительства своих членов и общества в целом⁵. Наконец, Омбудсмен по правам потребителей, шведское Агентство по защите окружающей среды или любая другая общественная организация, уполномоченная властью, могут возбудить публичный групповой иск⁶.

Истец, представляющий группу лиц, должен быть представлен в ходе процесса адвокатом, за исключением случаев, когда суд разрешает ему участвовать в процессе

¹ Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal System: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2004, 303 [далее — Mulheron, *Common Law Class Action*].

² Это теория «классовой сущности» (*class-entity*) или «класс как клиент» (*class-as-client*). См.: David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client* // 73 *Notre Dame L. Rev.* 913 (1997–1998); S. Afr. Law Comm'n, *The Recognition of a Class Action in South African Law*, para. 5.5 (Working Paper No. 57); Vince Morabito, *Ideological Plaintiffs and Class Actions – An Australian Perspective* // 34 *U.B.C. L. Rev.* 459, 497 (2000–2001); Edward H. Cooper, *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process* // 71 *N.Y.U. L. Rev.* 13, 26–32 (1996).

³ Ont. Law Reform Comm'n, *Report on Class Actions*, at 128, 132; Pierre-Claude Lafond, *Consumer Class Actions in Quebec to the Year 2000: New Trends, New Incentives* // 8 *Consumer L. J.* 329, 332 (2000).

⁴ Суд может удостовериться в надлежащем характере представителя ввиду его заинтересованности в деле, финансовой способности предъявить групповой иск и исходя из обстоятельств в целом (*SPGA*, § 5). См. *LAG OM GRUPPRÄTTEGÅNG* (Svensk författningssamling [SFS] 2002:599) (Swed.).

⁵ В случае групповых исков, предъявленных организацией и обществом в целом, истец, представляющий группу лиц, не является членом группы. Если организация или орган государственной власти выдвигает требование как член группы, групповой иск является частным.

⁶ В деле *The Consumer Ombudsman v. Kraftkommission i Sverige AB Umeå* [TR] [District Court] 2004 T5416 (Swed.) Омбудсмен по правам потребителей взыскивал возмещение от имени 7000 людей за неисполнение ответчиком обязательств по подаче электричества по установленной в договоре стоимости. Ответчик поставил под сомнение надлежащий характер представительства, однако его доводы были отклонены, около 2300 человек приняли участие в процессе. Заявление истцов о признании ответчика обязанным выплатить компенсацию всем членам группы было удовлетворено Апелляционным судом в сентябре 2011 г.

без адвоката или с представителем, не являющимся членом коллегии адвокатов¹. Роль истца, представляющего группу лиц, состоит в защите интересов членов группы с предоставлением им по возможности права выражения своей точки зрения на важные вопросы и информированием их по требованию². Право представлять группу не должно прерываться при изменении обстоятельств, при которых судебный процесс был назначен³. Однако, если истец более не рассматривается как подходящий для представительства членов группы в деле, суд назначает кого-либо другого, кому передается право представительства. Если же новый истец не назначен, в групповом иске будет отказано. Если истец является оппонентом по апелляционному иску в вышестоящем суде, то суд может назначить другое надлежащее лицо для ведения группового иска в качестве истца⁴.

Бразилия. В Бразилии представителю группы лиц предоставляется процессуальная правоспособность на основе только определенных формальных требований, надлежащий же характер представительства косвенно оценивается с помощью тестов по «тематической релевантности». В рамках «народных» исков, в которых публичный интерес сильнее выражен, чем в групповых исках, любой гражданин может подать иск.

Российская Федерация. В целом представителями истцов в публичных групповых исках являются не члены группы, а уполномоченная законом организация — обычно государственный орган⁵. В число таких организаций входят потребительские организации и прокуроры, они обычно расследуют такие дела, как, например, вопросы правового регулирования или проблемы окружающей среды⁶. В любом иске, представленном лицом, не обладающим процессуальной правоспособностью в соответствии с законом, будет отказано⁷.

Ограничения процессуальной правоспособности для представительства в публичных групповых исках критикуются по тому основанию, что уполномоченные представители могут не обладать временем или желанием должным образом или вовсе представлять иски, несмотря на всю их важность. Более того, режим процессуальной правоспособности критикуется как содержащий слишком ограничительный подход к вопросу о том, чьи права могут быть затронуты, например, незаконным присвоением интеллектуальной собственности⁸ или публичным оскорблением чести и достоинства⁹ умерших лиц. Схожим образом критикуется процессуальная

¹ SGPA, § 11.

² SGPA, § 17.

³ SGPA, § 7.

⁴ SGPA, § 21.

⁵ CPC RF, art 45.

⁶ Часть 2 ст. 11 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «О защите окружающей среды» // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ CPC RF, art 1, item 1, pt 1.

⁸ Гаврилов Е.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (постатейный комментарий). М., 2009; Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. М., 2008.

⁹ Постановление Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // СПС «КонсультантПлюс».

правоспособность в избирательном праве, где она ограничена в отношении организаций, чьи интересы могут вступать в конфликт с интересами общества в целом¹, или в отношении лиц, чьи специфические права были нарушены, несмотря на широкий общественный интерес. Похожие сомнения выражаются по поводу законов о защите животных, где правовая защита несовершенно и нуждается в модернизации².

В этом смысле процедура частных групповых исков в Российской Федерации может стать объектом критики за неспособность обеспечить процессуальные гарантии членам группы по участию или выходу из судебного процесса. Выходит, что нет возможности для выхода или для возбуждения отдельного разбирательства и, будучи однажды включенным в группу, лицо вынуждено подчиниться любому решению, вынесенному по итогам судебного разбирательства. В процедуре частного группового иска инициатором является лицо, имеющее права и обязанности стороны³, включая право определить группу и ответственность по уплате вознаграждения⁴. Закон не признает другую категорию истцов, включающую соглашающихся с требованиями, чьи права кажутся ограниченными требованием замены представителя при специфических условиях при согласии большинства⁵. Эта группа также обладает правом быть информированной о предпринимаемых шагах в процессе разбирательства⁶. Третья группа, включающая тех, кто будет связан результатом, имеет лишь право присоединиться ко второй группе.

3. Поиск средств и финансирование

Наверное, самая противоречивая черта групповых исков американского типа — это экономические условия, в которых они существуют. Такие эпитеты как «возмутительный» и «недопустимый» регулярно звучат в адрес суммы вознаграждений, присуждаемых представителям группы лиц в случае успешного завершения группового иска в США. Все виды возможных злоупотреблений кажутся неизбежными в рамках американского подхода к финансированию групповых процессов, но даже в США этот подход рассматривается как необходимый для успешного функционирования режима.

Тем не менее даже в правовых системах, которые рассматривают вознаграждения под отлагательным условием как в общем и целом недопустимые, все же их ценность в системе группового разбирательства привела к смягчению ограничений

¹ По этой причине важно принять во внимание, в каких целях такие организации были учреждены. Например, ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» гласит, что «местное самоуправление в Российской Федерации — это форма осуществления народом своей власти, обеспечивающая... самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения исходя из интересов населения...».

² Санкции за жестокое обращение с животными установлены в УК РФ (ст. 245). В то же время такое жестокое обращение может быть признано преступлением, только если повлечет за собой смерть или невозмездимый вред здоровью животного, при условии, что действие было совершено из хулиганских мотивов, или с целью получения финансовой выгоды, или с применением садистских методов, или в присутствии несовершеннолетних. Нетрудно заметить, что вышеуказанные условия охватывают лишь незначительное количество возможных случаев.

³ APC RF, art 225.12.

⁴ APC RF, art 225.12, pt 1.

⁵ APC RF, art 225.15, pt 8.

⁶ APC RF, art 225.16, pt 3.

на них. И в некоторых правовых системах, где не проводились реформы для обеспечения адекватных финансовых стимулов и в которых не были введены гарантии для истцов, существует определенное беспокойство, что эффективность группового судебного разбирательства может быть в результате снижена.

Приведенные ниже сравнения регулирования вопросов спонсорства и финансирования являются уникальными, учитывая затронутые проблемы, среди которых: приведет ли внесение изменений, необходимых для соответствия основным требованиям режима для группового разбирательства, неизбежно к «американизации» системы гражданского судопроизводства.

Канада. Большинство групповых исков финансируется представителем группы лиц, однако некоторые основываются на финансировании со стороны третьих лиц. Во всех делах адвокат заключает с истцом, представляющим интересы группы лиц, договор о гонораре под условием и соглашается на возмещение ему расходов и оплату юридических услуг по ставке 20–35% от присужденной судом компенсации или в 2–4-кратном размере базовых ставок адвоката при успешном завершении судебного процесса¹. Соглашение о вознаграждении является обязательным для всех членов группы, при условии признания его судом справедливым и разумным. Некоторые судьи придают обязательную силу условиям контракта с истцом, представляющим группу лиц², однако другие отказываются³ на том основании, что, в отличие от ситуации с судопроизводством с поименованными сторонами, в данном случае стороны соглашения не включают клиента, которого стоимость требуемого вознаграждения касалась бы прямо⁴.

В Онтарио непредвиденные гонорары однажды были запрещены, однако необходимость в них в групповых процессах привела к пересмотру этого ограничения в соглашениях о вознаграждении, окончательно распространившему их на все дела, за исключением семейного права. Общепризнанным является тот факт, что групповые иски основываются на адвокатской практике, представляющей собой разновидность предпринимательской деятельности, с той оговоркой, что «юрист-предприниматель — это способ достижения цели, а не самоцель»⁵. Тем не менее вознаграждения адвокатов в Канаде не являются настолько щедрыми, как присуждаемые в США.

Власти Квебека и Онтарио создали фонды, куда адвокаты групп лиц могут обратиться за финансовой поддержкой. Заявления принимаются и оцениваются с учетом различных факторов, включая вероятность успеха и общественный интерес

¹ Benjamin Alarie, *Rethinking the Approval of Class Counsel's Fees in Ontario Class Actions* // 4 *Can. Class Action Rev.* 15 (2007) (Can.).

² См., например, *Cassano v. Toronto Dominion Bank* (2009), 98 O.R. 3d 543, para. 63 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) («ничего в ходе судебного разбирательства не позволило бы, с моей точки зрения, оправдать отказ в одобрении размера вознаграждения, установленного в соответствии с согласованными условиями предварительного гонорара»). См. также: *McLay & Co. v. Cascades Fine Papers Grp. Inc.* (2008), CarswellOnt 7936, para. 6 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (WL) (где *Leitch J* был «готов одобрить размер вознаграждения, так как он соответствовал соглашению о предварительном гонораре, заключенном с представителем группы истцов»); см.: Jasminka Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis*, at 11.

³ *Martin v. Barrett* [2008] O.J. No. 2105, para. 48 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (QL).

⁴ *Ibid.*, para. 52.

⁵ *Fantl v. Transamerica Life Canada*, para. 66.

в деле. Взамен на получение процента от присуждаемого судом вознаграждения¹ оба фонда покрывают расходы и обеспечивают компенсацию расходов другой стороны², а фонд Квебека может также обеспечить компенсацию гонорара адвоката. В правовой системе, в которой неуспешный истец должен будет оплатить расходы ответчика, подобная компенсация является важной гарантией для истцов, представляющих интересы группы лиц, и для их адвоката, от которого, в противном случае, эти расходы будут истребованы.

Не считая этого аспекта, опыт Фонда групповых исков Онтарио не рассматривается как однозначно успешный. С одной стороны, существует обеспокоенность в том, что его ограниченные ресурсы могут с легкостью быть исчерпаны крупным неуспешным делом, и с другой стороны, адвокаты истца, уверенные в успешном исходе процесса, предпочтут финансировать судебный процесс сами, а не тратить время на подачу заявки в Фонд, зная, что он потребует взамен 10% от полученного возмещения.

Наконец, обязательства по финансированию третьими сторонами были одобрены. По этим сделкам спонсоры возмещают истцам их расходы взамен на получение менее 10% от присуждаемой судом или соглашением компенсации³. Если такие сделки станут повсеместно распространенными, то, возможно, появится необходимость в большем административном или судебном надзоре⁴.

Австралия. С момента одобрения Высшим судом Австралии гарантированного возмещения расходов спонсором и контроля за групповым судебным разбирательством⁵, соглашения об условном вознаграждении зачастую объединяются с финансированием судебного процесса. Условное вознаграждение или соглашения по принципу «нет выигрыша, нет гонорара» вызывают некоторые сомнения о смещении расходов⁶, разрешив юристам взыскивать повышенные гонорары с 25 до 50% от их установленных ставок, выплачиваемые только в случае успешного завершения дела, однако в противном случае они возлагают на обладателя требования всю ответственность за расходы и потери противоположной стороны. Финансирование судопроизводства составляет где-то треть от вырученного дохода⁷, но предоставляет гарантию возмещения расходов противоположной стороны и покрывает полностью или частично судебные издержки и расходы⁸.

¹ В Онтарио возмещение в наибольшем размере равно 10% от размера возмещения, ранее выплаченного фондом Онтарио истцу, представляющему группу лиц (Class Proceedings, O. Reg. 771/92, s. 10(3)(b) (Can. Ont.)). В Квебеке сумма, взимаемая фондом, зависит от способа возмещения группой и распространяется на все иски, а не только на те, в которых компенсация была выплачена (см.: Regulation Respecting the Percentage Withheld by the Fonds d'aide aux recours collectifs, R.R.Q. c. R-21, r. 3.1 (Can. Que.)).

² Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, с изменениями, внесенными Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), S.O. 1992, c. 7, s. 3 (Can.).

³ См.: Metzler Investment GmbH v. Gildan Activewear Inc. [2009] O.J. No. 33150 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (QL); MacQueen v. Sydney Steel Corp., 2011 NSSC 484 (Can. N.S.); Dugal v. Manulife Corp. (2011), 105 O.R. 3d 364 (Can. Ont. Sup. Ct. J.).

⁴ Sandra Rubin, *Enter the Silent Partner* // *Lexpert Mag.* July/Aug. 2011, at 56–61; Luis Millan, *Why class actions create ethical minefields* // *Law. Wkly* (Aug. 19, 2011), at 4, 7.

⁵ *Campbells Cash & Carry Ltd. v. Fostif Pty. Ltd.* (2006) 229 CLR 386 (Austl.).

⁶ V. Morabito, *Contingency Fee Agreements with Represented Persons in Class Actions — An Undesirable Australian Phenomenon* // 34 *Common L. World Rev.* 201 (2005).

⁷ V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives* 38–39 (2010).

⁸ Ibidem.

Суды признают общественную значимость финансового риска ведения групповых исков, требуя от членов группы вступления в соглашения по финансированию судебного процесса, тем самым как бы придавая им статус фрирайдеров¹. Таким образом, возмещения в таких соглашениях стали главным способом привлечения членов группы. Более того, финансирование третьими лицами приобрело особую важность в Австралии, где во всех штатах запрещаются соглашения о непредвиденном взносе и трудности по финансированию иска вплоть до его завершения являются слишком обременительными².

Финансированию групповых исков третьими сторонами предшествовало финансирование процессов банкротства и других форм коммерческой деятельности³. Оно было элементом значительных экономических изменений в юридической профессии⁴, включивших затем прекращение регулирования юридических услуг, введение мультидисциплинарной практики, позволившей неюристам обладать долями (акциями) в юридических фирмах⁵, и листинг юридических фирм на Австралийской фондовой бирже⁶. Доступ к рынкам капиталов для гарантии расширения юридической практики и судебного процесса вызвали повышенное корпоративное регулирование, новые основания исков, большие размеры собственности акционеров и увеличение значения права на денежную компенсацию за инвестиционные потери⁷.

Тем не менее эти события, в особенности в групповых исках по ценным бумагам⁸, вызвали беспокойство о том, что юристы наживаются на возбуждении исков для получения финансовой выгоды и незначительной социальной пользы⁹. Конфликты интересов между финансистами, юридическими компаниями и истцами обострили эту обеспокоенность¹⁰. Тем не менее правительство и ASIC не были убеждены в необходимости требования от спонсоров судебных процессов зарегистрировать их гарантированное финансирование групповых исков как управляемые инвестиционные схемы¹¹.

¹ *Multiplex Funds Mgmt. Ltd. v P Dawson Nominees Pty. Ltd.* (2007) 164 FCR 275 at paras 141–142 (Austl.).

² Greg Houston, Svetlana Starykh, Astrid Dahl, Shane Anderson, *NERA Econ. Consulting, Trends in Australian Securities Class Action: 1 January 1993 – 31 December 2009*, at 2 (May 9, 2010).

³ См.: Vicki Waye, *Trading in Legal Claims: Law, Policy & Future Directions in Australia, UK & US*, 2008.

⁴ О характере изменений см. более подробно: Richard Susskind, *The End of Lawyers Rethinking the Nature of Legal Services*, 2010.

⁵ Steven Mark, Tahlia Gordon, *Innovations in Regulation – Responding to a Changing Legal Services Market* // 22 *Geo. J. Legal Ethics* 501, 527–528 (2009).

⁶ *Ibid.*, p. 515.

⁷ Michael Legg, *Shareholder Class Actions in Australia – The Perfect Storm* // 31 *U.N.S.W.L.J.* 669, 671–674 (2008) (Austl.); Peta Spender, *After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding* // 18 *J. Jud. Admin.* 101, 102 (2008) (Austl.).

⁸ См., например: Kathy Merrick, *The Multiplex class action settlement – best and fairest outcome or is there room for improvement?* // 62 *Keeping Good Cos.*, Oct. 2010, at 542; Hon. PA Keane, *Access to Justice and other Shibboleths, Judicial Conference of Australian Colloquium in Melbourne* (Oct. 10, 2009) // <http://www.jca.asn.au/attachments/2009AccessToJustice.pdf>; Spender, *supra* note 156.

⁹ См., например: *Campbells Cash & Carry Ltd. v Fostif Pty. Ltd.* (2006) 229 CLR 386, 487 (Austl.) (*Callinan & Heydon, JJ.*, расходясь во мнениях).

¹⁰ Law Council of Austl., Position Paper, *Regulation of Litigation Funding in Australia* (June 2011).

¹¹ *Brookfield Multiplex Ltd. v. Int'l Litig. Funding Partners Pte Ltd.* (No. 3) (2009) 256 ALR 427 (Austl.) (решение пленарного заседания федерального суда, определившее, что финансирование судебного разбирательства по групповым искам являлось управляемой инвестиционной схемой, подлежащей регулированию *Corporations Act* 2001 (Cth) s 5C (Austl.)).

или получить Австралийскую лицензию финансовых услуг¹, однако новые правила были разработаны и направлены на разрешение конфликтов интересов².

Англия и Уэльс. Как в Канаде и Австралии, гражданское судопроизводство в Англии и Уэльсе осуществляется по принципу «меняющейся стоимости». Соответственно, лицо, представляющее интересы группы истцов, должно быть способно финансировать судебный процесс и оплатить расходы противоположной стороны в случае, если исход процесса не будет успешным. Соглашения об условном вознаграждении разрешены и представитель может получить вплоть до двукратного размера его базовых ставок в случае успешного завершения процесса, однако возврат процентов до сих пор не был разрешен.

Спонсоры, не являющиеся сторонами дела, могут финансировать судебный процесс и обеспечить возмещение взысканий на покрытие расходов противоположной стороны. Рабочая группа в настоящее время подготавливает добровольный кодекс поведения для таких мер. Апостериорные спонсоры могут покрыть расходы противоположной стороны, а другие спонсоры могут к ним присоединиться для финансирования процесса, предположительно, посредством покрытия, осуществляемого самими истцами. Члены группы лиц могут также внести свой вклад в общий фонд для покрытия судебных расходов и расходов противной стороны³. Комиссия юридических услуг может обеспечить финансирование судебных издержек, предоставив бесплатную юридическую помощь, и расходов противоположной стороны посредством выплаты возмещения истцу в необходимом размере. Такое финансирование обычно не предоставляется по искам потребителей. Другие рассматриваемые основанные на статуте механизмы финансирования включают Схему предоставления дополнительной бесплатной юридической помощи или Фонд доступа к правосудию⁴.

Правила, регулирующие расходы и финансирование судопроизводства в Англии и Уэльсе, включая судебные разбирательства по групповым искам, находятся на стадии пересмотра после *Jackson Costs Enquiry*⁵, и в настоящее время на законодательное обсуждение в парламент внесено предложение по «соглашениям, основанным на ущербе» (которые во многом воспроизводят в точности непредвиденное вознаграждение), содержащееся в ч. II законопроекта о бесплатной правовой помощи, вынесении приговора и наказании правонарушителей. Совет по гражданскому судопроизводству ранее выносил рекомендации о приемлемости непредвиденных вознаграждений лишь за неизменением иных форм финансирования для обеспечения доступа к правосудию⁶. В настоящее время существует практика приказов

¹ Но см.: *Int'l Litig. Partners Pte. Ltd. v. Chameleon Mining NL* (2011) 276 ALR 138 (Austl.) (суд определил, что финансирование судебного процесса являлось финансовым продуктом и что спонсоры поэтому обязаны получить Австралийскую лицензию финансовых услуг по *Corporations Act* 2001 (Cth) с 7 (Austl.)).

² *Australian Securities and Investments Commission* 2010 (Cth.) CO 10/333 (действовала до 30 июня 2011 г.); см. также: Hon. Chris Bowen, *Address to Shareholder Class Action Conference* (May 4, 2010) // <http://www.chris-bowen.net/media-centre/allNews.do?newID=3132>.

³ Это использовалось в делах *Equitable Life Group Litigation* и *Railtrack Private Shareholders Action Group Litigation*. См.: *Equitable Life Members Support Group* // <http://www.equitablelifemembers.org.uk/>; *Weir v. Sec'y of State for Transp.* (No. 1) [2005] EWHC (Ch) 812 (U.K.) (иск подан RPSAG).

⁴ Legal Services Act, 2007, с. 29, § 194 (Eng.).

⁵ См.: Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, 330–336.

⁶ CJC, *Improved Access to Justice: Funding Options and Proportionate Costs: The Future Funding of Litigation: Alternative Funding Structures* 68 (2007).

«по ограничению расходов»¹, позволяющих покрыть риск присуждения оплаты расходов противоположной стороны, и Совет по гражданскому судопроизводству сформировал презумпцию в пользу принятия таких приказов в производстве по групповым искам².

Нидерланды. Судебные процессы по групповым искам финансируются и спонсируются так же, как и обычное судопроизводство. Не существует никаких соглашений об условном или непредвиденном вознаграждении, однако представительские организации с общей правоспособностью, все еще находящиеся в зависимости от членских взносов, рассматриваются как профессиональные спонсоры (*professional funders*). Представительские группы *ad hoc* используют различные формы соглашений о непредвиденных гонорарах с заинтересованными сторонами при публичном обсуждении, однако беспокоит то, что это может привести к повышению стоимости расходов и судебному процессу, предназначенному для узкого круга юристов.

Представительские организации не имеют возможности общественного финансирования³, однако существует бесплатная юридическая помощь и страхование всеобщих требований; то, упростит ли общественная финансовая поддержка доступ к правосудию, пока остается под вопросом. Тем не менее необходимость финансирования и спонсорства *WSAM* процедуры должна быть рассмотрена в зависимости от обстоятельств. Необходимость в финансовых ресурсах уменьшается в связи с тем, что бремя основных расходов по ведению переговоров, составлению и исполнению соглашения несут представительские организации и ответственные стороны. Соглашение обычно предусматривает возмещение расходов представительских организаций, включая стоимость надлежащего представительства во всем мире *ad hoc* представителями. Относительно недорогая природа *WSAM* процедуры является главной причиной ее успеха.

Италия. Не существует специальных правил относительно финансирования и спонсорства групповых исков. Как и в обычных судебных процессах каждая сторона несет бремя своих расходов в ходе процесса, и согласно правилу, по которому проигравшая сторона покрывает расходы, выигравшей стороне предоставляется право возместить свои расходы по окончанию дела. В небольшом числе групповых исков, возбужденных к настоящему времени, намерение потребительских организаций представлять индивидуальных истцов было мотивировано скорее желанием привлечь к себе внимание, чем соображениями финансовой выгоды от успешного завершения дела.

Соглашения о непредвиденном возмещении запрещены, однако адвокаты могут заключить соглашение с целью получения гонорара в случае успешного завершения процесса в соответствии с обязательной ставкой, установленной правительством. Принимая во внимание то, что возмещение убытков носит строго компенсационный характер, получение выгоды от подобных действий является нежелательным. Более того, вынося решение в пользу истца, суд может просто установить критерий определения ущерба, нанесенного членам группы лиц, которые затем будут вынуж-

¹ См. *A B v. Leeds Teaching Hospitals NHS Trust* [2003] EWHC (QB) 1034 (Eng.).

² CJC, *Improved Access to Justice: Funding Options and Proportionate Costs* 26, recommendation 7 (2005).

³ Как, например, голландская Организация потребителей (*Consumentenbond*), учрежденная Директивой Европейского Парламента и Совета от 19 мая 1998 г. 98/27/ЕС, касающейся защиты интересов потребителей (1998 *O.J.* (L 166) 51–53).

дены предъявлять индивидуальные иски для возмещения убытков на основе такого критерия. Наконец, законодательно не установлен режим финансирования судебных процессов третьими сторонами, что приводит к правовой неопределенности в данной сфере.

Бельгия. Согласно существующим процедурам судебный процесс финансируется и спонсируется истцами или — в случае групповых исков — организациями, которым позволено требовать судебного запрета или предупредительных мер. Помимо соглашения о возможности финансирования посредством государственного фонда, все три предложения не обеспечивают ясного понимания данного аспекта судебного разбирательства по групповым искам.

Несмотря на наличие очевидных вариантов — финансирование группой лиц, представителем группы лиц, адвокатом группы лиц или третьей стороной, лишь государственное финансирование способно предоставить ясную перспективу. Финансирование истцом является реальным только для идеологических истцов, и даже в этом случае риск покрытия расходов противоположной стороны может создать значительные препятствия¹. Финансирование представителем группы лиц не представляется возможным, так как непредвиденное вознаграждение запрещено как являющееся нарушением общественного порядка и не соответствующее профессиональным этическим требованиям². Потенциально зависимость вознаграждения от исхода процесса может быть разрешена, однако это рассматривается как личная финансовая заинтересованность в судебном процессе, что является несовместимым с профессиональной ответственностью представителя как гаранта должного ведения дел.

Лишь внешнее финансирование может быть успешно проведено в жизнь. В случае когда финансирование принимает форму страхования судебных издержек (*before-the-event insurance*), предоставления бесплатной юридической помощи, правительственного спонсирования³ или финансирования третьими лицами⁴, тогда идеологический истец лучше может справляться с обязанностями представителя интересов группы лиц и снискать уважение и доверие со стороны спонсоров за выполнение своих представительских обязанностей.

Швеция. В Швеции бремя судебных расходов лежит на проигравшей стороне, за исключением небольшого количества случаев, когда стороны самостоятельно выступают в судебном процессе или нанимают собственных юрисконсультов. В групповых исках истцы, представляющие интересы группы лиц, и все члены группы лиц, участвующие в процессе, несут бремя расходов противоположной стороны. Однако повсеместно встречаются соглашения о непредвиденном вознаграждении, называемые «рисковыми соглашениями» (*risk agreements*), по которым

¹ Issacharoff, Miller, *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, at 199; Austl. Law Reform Comm'n, *Grouped Proceedings in the Federal Court*, Report No. 46, para. 252 (1988).

² См. *Code Judiciaire* [C.Jud.] art. 446 (Belg.); см. в целом: Vincent Sagaert, Ilse Samoy, *Belgian Report* // Christopher Hodges, Steffen Vogenauer, Magdalena Tulibaca (eds.), *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2010, 217.

³ Лучшим примером является *Fonds d'aide aux recours collectives* в Квебеке (*Gov't Quebec* // www.farc.justice.gouv.qc.ca/). Также в Онтарио есть *Class Proceedings Fund* (L. Found. Ontario // www.lawfoundation.on.ca/crc/about.php; последнее посещение: 16 марта 2012).

⁴ См.: Rachael Mulheron, Peter Cashman, *Third Party Funding: A Changing Landscape* // 27 *C.J.Q.* 312 (2008).

представители получают вдвое или втрое больше установленного тарифа в случае успешного исхода дела и вполтину меньше или ничего в случае проигрыша.

Эти соглашения не являются обязательными для ответчиков, которых нельзя принудить выплатить сумму, выходящую за пределы обычных почасовых ставок. Любые вознаграждения представителя истца, которые ответчик не в состоянии оплатить, выплачиваются членами группы лиц из присужденной решением суда суммы возмещения. Рисковые соглашения являются обязательными только после одобрения в качестве разумных судом, принимающим во внимание характер и обстоятельства дела¹. Поэтому в число критериев по определению надлежащего представительства входит финансовая состоятельность по предъявлению иска, включая расследования и услуги адвоката², но необязательно включая расходы противоположной стороны в случае проигрыша.

Изначально оценка финансовой состоятельности истца ограничивалась подтверждением нормального состояния его финансовых дел, а именно получения им разумного годового дохода и доступа к публичной бесплатной юридической помощи³ или частного страхования (хотя оба эти средства обычно приравниваются к стоимости обычных почасовых ставок адвоката за 100 рабочих часов или сумме в 10 000 евро). Тем не менее риск несения бремени расходов противоположной стороны является серьезным препятствием для предъявления иска и государственные фонды не предоставляют гарантии истцам для таких выплат.

Соответственно, была предусмотрена возможная подача ежегодно около десяти групповых исков организациями, но не физическими лицами. В реальности за первые шесть лет существования групповых исков лишь двенадцать было подано в целом, все из которых были предъявлены частными лицами, несмотря на либеральные нормы процессуальной правоспособности для представительских организаций. Лишь один групповой иск был предъявлен Омбудсменом по правам потребителей, остальные одиннадцать являлись частными групповыми исками, хотя и получившими поддержку некоммерческих организаций. Таким организациям не предоставляется право бесплатной юридической помощи, однако они могут направлять собранные со своих членов средства на покрытие расходов противоположной стороны. В качестве альтернативы некоторые члены группы лиц при согласии выступать в поименованном статусе могут разделить финансовое бремя и, возможно, получить выгоду от различных процедур частного страхования, позволенных существующими нормами.

В «настоящих» исках, предъявленных организациями, организация не может быть членом группы (т.е. иметь собственный интерес); в противном случае групповой иск рассматривается как частный. Однако юридические лица, такие как некоммерческие организации, могут предъявлять частные групповые иски. Группа физических лиц может создать объединение или организацию исключительно в этих целях. Передав частично или полностью исковые требования по возмещению ущерба юридическому лицу, организация становится членом группы истцов. Таким

¹ SGPA § 38 (SFS 2002:599) (Swed.).

² Отметим, однако, что, в отличие от США, суд одновременно издает извещение членам группы лиц в групповых исках *Swedish Act* (см. § 50 *SGPA*).

³ Общественная бесплатная правовая помощь доступна лишь истцам, не имеющим частной страховки ни сейчас, ни в предполагаемом будущем (по причине финансовой несостоятельности или схожих обстоятельств).

образом, организация приобретает процессуальную правоспособность по предъявлению частного группового иска от имени лиц, вступивших в процесс, независимо от того, являются ли они членами организации. Надлежащее финансовое состояние организации¹, признаваемой истцом, можно достичь с помощью сбора членских или иных взносов с членов объединения (как ограниченная гарантия). Таким образом, члены группы лиц смогут ограничить бремя финансового риска. Кроме того, они также гарантируются от риска оплаты расходов противоположной стороны, так как это бремя полностью возложено на организацию-истца. Такой «метод трансфера» доступен для организаций, учреждений и иных юридических лиц с общей правоспособностью.

Бразилия. Ввиду того, что процессуальная правоспособность по представлению публичных гражданских исков предоставляется лишь публичным организациям и объединениям, имеющим, как правило, свой юридический штат, вознаграждение представителю истца не представляет собой препятствие к доступу к правосудию. Более того, не предусмотрено и изменений стоимости (за исключением случаев недобросовестности). Соответственно, никаких вопросов, связанных с финансированием и спонсированием групповых исков, не возникает.

Российская Федерация. Вопрос судебных расходов разрешается следующим образом: если специально уполномоченное лицо или прокурор предъявляет иск в суд, то они впоследствии освобождаются от уплаты соответствующих судебных издержек². Финансовое бремя таких расходов возлагается на ответчика в случае проигрыша им дела.

4. Доступные средства судебной защиты

В конечном счете для истцов, подавших коллективный иск, главной характеристикой этого института будет природа доступных средств судебной защиты. Могут ли они получить индивидуальную компенсацию? Должны ли они для этого инициировать отдельные судебные разбирательства? Если да, то в какой форме? Препятствует ли получение возмещения подаче иных исковых требований? Для тех членов общества, кто объединил свои требования возмещения вреда в коллективном иске, ответы на данные вопросы могут стать решающими при определении эффективности существующего режима.

Канада. Большинство коллективных исков в Канаде, как и большинство индивидуальных исков, направлены на получение компенсации за причиненные реальные убытки. Соответствующие судебные постановления и решения чаще всего являются более рациональными и эффективными с точки зрения произведенных затрат в случае, если были вынесены в результаты рассмотрения прецедентных дел или обычного судебного разбирательства³. Соответственно, к примеру, достаточно трудно обосновать коллективные иски, направленные против государства и требующие судебной защиты в форме установления прав и обязанностей сторон (декларативной защиты) и возмещения ущерба, полученного в результате нарушения прав туземных народов⁴.

¹ SGPA § 8 para. 5.

² CPC RF, arts 45, 46.

³ *Roach v. Canada* (Att'y Gen.), [2009] O.J. No. 737 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (QL).

⁴ См., например, *Davis v. Canada* (Att'y Gen.), 2007 NLTD 25.

Для тех дел, которые доходят до суда, закон регулирует определение размера ущерба. В частности, предусмотрено проведение оценки суммарных решений, использование, в соответствующих обстоятельствах, наглядных доказательств и вынесение решений о выплате компенсации отдельным членам группы лиц по принципу усредненной суммы или на пропорциональной основе¹. Закон предусматривает также участие в рассмотрении дела отдельных членов группы, подавшей коллективный иск, выделение конкретных требований для каждого из них² и распределение судебных решений, вынесенных посредством использования доктрины *cy près*³. На сегодняшний день менее чем двадцать коллективных исков достигли стадии судебного разбирательства, однако суды используют указанные положения закона для определения необходимости выделения тех или иных жалоб в категорию коллективных исков⁴.

В последнее время мировые соглашения по ряду групповых исков предусматривали распределение всей суммы или ее части⁵ на основе доктрины *cy près* в связи с тем, что издержки по установлению местонахождения и выплате компенсаций членам группы были несоразмерны распределяемой сумме. Критики в некоторых делах⁶ отметили нехватку должного взаимодействия между группой и реципиентом согласно доктрине *cy près*, а также тот факт, что издержки по установлению местонахождения и выплате компенсаций членам группы, хотя и значительные, не всегда превышали объем выплат, предусмотренный таким решением⁷. Было высказано мнение, что там, где распределение взысканного по принципу *cy près* обоснованно, выгоду должны получать благотворительные и некоммерческие организации, чья деятельность косвенным образом обогащает группу лиц, в чьих интересах и действует режим коллективной защиты прав⁸.

¹ См., например, *Class Proceedings Act* [CPA], S.O. 1992, c. 6, ss. 23–24 (Can. Ont.).

² *Ibid.*, at s. 25.

³ *Ibid.*, at s. 26.

⁴ См., например, *Cassano v. TD Bank*, 2007 ONCA 781, [2007] 87 O.R. 3d 401 (Can. Ont. C.A.) (учитывая положения разд. 24 CPA, для того, чтобы установить пределы банковской задолженности, необязательно проводить допросы держателей банковских карт; напротив, пределы задолженности банка могут быть обозначены путем просмотра сведений о доходе, полученном за период обслуживания группы лиц); *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334 para. 45, [2007] 85 O.R. 3d 321, para. 45 (Can. Ont. C.A.) («статистический отбор может быть проведен в целях определения всей или части ответственности ответчика вне зависимости от обоснования индивидуальных жалоб»).

⁵ Проф. Каладжич в 2010 г. в своем курсе, посвященном доктрине *cy près*, отметила, что за последние 10 лет было заявлено 35 коллективных исков, включающих определенные решения согласно доктрине *cy près* (см.: Jasminka Kalajdzic, *Consumer (In)Justice: Reflections on Canadian Consumer Class Actions* // 50 *Can. Bus. L.J.* 356, 371 No. 58 (2011)).

⁶ Jeff Berryman, *Class Actions and the Exercise of Cy près Doctrine: Time for Improved Scrutiny* // J. Berryman, R. Bigwood (eds.), *The Law of Remedies: New Directions in the Common Law*, Irwin Law, 2009, ch. 22; Jeff Berryman, *Nudge, Nudge, Wink, Wink: Behavioural Modification, Cy près Distributions and Class Actions* // 53 *Supreme Court L. Rev.* 2d 133 (2011) (далее – *Nudge, Nudge*); Jasminka Kalajdzic, *Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy près Distributions* // 6 *Can. Class Action Rev.* 217, 246–247 (2010) (далее – *Kalajdzic, Access to a Just Result*).

⁷ Комиссия, разрабатывающая правовую реформу в Онтарио, одобрила идентичный подход, заявив, что необходимо предпринять «все целесообразные попытки» в целях прямой выплаты компенсаций членам группы коллективного иска прежде, чем осуществлять какое-либо распределение по доктрине *cy près* (*Ont. Law Report Comm'n, Report on Class Actions*, at 581).

⁸ *Class Proceedings Act*, R.S.O. 1992, at c. 26(4) (Can. Ont.) (суды могут использовать итоговые (совокупные) выплаты в той мере, которая позволяет «получить выгоду членам группы коллективного иска»); Kalajdzic, *Access to a Just Result*; Berryman, *Nudge, Nudge*.

Австралия. В процессе рассмотрения коллективных исков судьи могут: выделять вопросы права и вопросы факта; объявлять о наличии обязательств; предоставлять возможность получения справедливой судебной защиты; выносить решения о возмещении ущерба группе, подавшей коллективный иск, части членов группы, подавшей коллективный иск, либо отдельным ее членам, в определенном размере или размере, установленным судом; присуждать возмещение ущерба в совокупности, без разделения на отдельные суммы для каждого из членов группы коллективного иска; а также принимать иные подобные решения, которые они сочтут справедливыми¹.

Решение о возмещении ущерба в совокупности, без разделения на отдельные суммы для конкретных членов группы коллективного иска, может быть принято лишь в случае, если представляется возможным провести тщательную оценку размера общего ущерба². К примеру, в случае группового иска касательно финансовой пирамиды ACCC требовала запрета и постановления, что члены группы имеют право на возврат уплаченных ими по данной схеме денег³ в размере 50 дол. США на одного члена общей суммой в 600 тыс. дол. США. Это было разрешено в связи с тем, что ответчики обладали информацией, позволяющей им опровергнуть требования, если бы они хотели добиться совершенного иного результата⁴.

В процессе принятия решения о возмещении ущерба суд выносит постановление о распределении средств внутри группы⁵; определяет, каким способом должно быть доказано право на получение части компенсации и как разрешаются споры о таком праве⁶; решает вопрос об учреждении и администрировании компенсационного фонда либо в виде фиксированной суммы, либо путем внесения взносов и определения условий распределения средств фонда, таких как право на получение процентов⁷.

В отличие от правового режима рассмотрения коллективных исков, действующего в Канаде, суды Австралии не уполномочены выносить решения согласно доктрине *сy près*⁸, так как было признано, что сумма, выплачиваемая ответчиком, должна быть равна заявленному праву истца на получение компенсации. Любая излишняя выплата должна рассматриваться как мера ответственности, что находится за пределами полномочий, предоставляемых процессуальной реформой в рамках режима рассмотрения коллективных исков⁹. Если поиск членов группы

¹ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33Z(1); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33Z(1) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 177(1) (Austl.).

² *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33Z(3); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33Z(3) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 177(3) (Austl.).

³ *Austl. Comp. & Consumer Comm'n v. Golden Sphere Int'l* [1998] 83 FCR 424, 424 (Austl.).

⁴ *Ibid.*, at 446-447

⁵ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33Z(2); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33Z(2) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 177(2) (Austl.).

⁶ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33Z(4); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33Z(4) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 177(4) (Austl.).

⁷ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33ZA(1); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33ZA(1) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 178(1) (Austl.).

⁸ См.: Rachael Mulheron, *The Modern Cy près Doctrine: Applications and Implications*, University College London Press, 2006.

⁹ Austl. Law Reform Comm'n, *Grouped Proceedings in the Federal Court: Report No. 46*, at 239.

и распределение средств связано с чрезмерно высокими издержками, суд имеет право прекратить производство по делу¹.

Комиссия по правовой реформе австралийского штата Виктория рекомендовала разрешить применение доктрины *cy près* в процессе рассмотрения дел, в которых присутствовало доказанное правонарушение, влекущее за собой материальную выгоду для правонарушителя, и где нанесенный ущерб мог быть выражен в количественной форме, но при этом являлся недостаточным для определения и выплаты компенсаций части или всем членам группы лиц². Эти рекомендации не были учтены, но их приняло к сведению правительство Нового Южного Уэльса при планировании введения режима коллективного иска на законодательном уровне³. Однако ввиду критики со стороны юридических фирм, предпринимательских групп и Общества юристов данные предложения были исключены из законопроекта. В результате в делах об установлении фиксированных цен на витамины возможность вступления в ряды членов группы была предоставлена лишь тем, кто купил витаминов на значительно большую сумму, чем большинство потребителей⁴.

Англия и Уэльс. Природа участия в подаче коллективных исков наряду с отсутствием правовых норм о совместной оценке причиненного ущерба ограничила круг средств судебной защиты, доступных согласно постановлениям *Group Litigation Orders* и последующему режиму антимонопольного права, определенному Законом о конкуренции 1998 г. Невозможно определить реституционные убытки и провести оценку прибыли при рассмотрении дел о нарушении законодательства о конкуренции, и разрушительный ущерб не может быть компенсирован, если ответчик уже подвергался штрафу со стороны государственного органа, контролирующего соблюдение антимонопольного законодательства⁵. Соответственно, единственный способ получить возмещение согласно Закону о конкуренции⁶ был ограничен и сведен лишь к тем покупателям «футбольной формы» за фиксированную цену, кто продолжал двигаться вперед даже в сложный период.

Средства судебной защиты, доступные по английскому представительскому иску всегда трудно реализуемы, причиной этого послужило решение вековой давности⁷, в котором не допускалось представительство от имени грузоотправителей груза, пропавшего в море, так как бремя доказывания наличия ущерба было инди-

¹ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33M; *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33M (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 165 (Austl.).

² Victorian Law Reform Comm'n, *Civil Justice Review, Report No. 14*, at 559–560, recommendation 101 (2008) // <http://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC%2BCivil%2BJustice%2BReview%2B-%2BReport.pdf>

³ Hon. John Hatzistergos, *NSW Set to Reform Class Action Laws, NSW Gov't, Media Release* (Aug. 6, 2010) // [http://www.lawlink.nsw.gov.au/Lawlink/Corporate/ll_corporate.nsf/vwFiles/060810_NSW_reform_c_action_laws.pdf/\\$file/060810_NSW_reform_c_action_laws.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/Lawlink/Corporate/ll_corporate.nsf/vwFiles/060810_NSW_reform_c_action_laws.pdf/$file/060810_NSW_reform_c_action_laws.pdf); *Explanatory Memorandum, Civil Procedure Amendment (Supreme Court Representative Proceedings) Bill 2010* (NSW) 3 (Austl.) // <http://www.legislation.nsw.gov.au/exposure/archive/b2010-108-d05.pdf>

⁴ *Bray v. F Hoffman-La Roche Ltd.* [2003] FCA 1505, 9 (Austl.) (2000 дол.); *Jarra Creek Cent. Packing Shed Pty. Ltd. v. Amcor Ltd.* [2006] FCA 1802 (Austl.) (100 000 дол.); *Auskay Int'l Mfg. & Trade Pty. Ltd. v. Qantas Airways Ltd.* [2010] FCA 1302 (Austl.); *Wright Rubber Prod. v. Bayer AG* [2011] FCA 1172 (Austl.).

⁵ *Devenish Nutrition Ltd. v. Sanofi-Aventis SA* (Fr.) [2007] EWHC (Ch) 2394 (Eng.), *aff'd*, [2008] EWCA (Civ) 1086 (Eng.).

⁶ *Consumers Ass'n v. JJB Sports Plc.*, [2009] CAT 2, 2009 WL 364157 (Eng. & Wales).

⁷ *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Co., Ltd.*, [1910] 2 K.B. 1021 (A.C.) (Eng.).

видуальным для каждого грузоотправителя и возможность создания какого-либо общего фонда, к чему стремился представитель от имени представляемых им сторон, отсутствовала. Век спустя, в рамках недавно возникшего законодательства в отношении фиксированных цен¹, истцы, чьи интересы были представлены, добивались издания постановления о том, что убытки будут возмещаться согласно принципу разделения ущерба на три типа, о которых они заявили как о предмете для индивидуальной оценки. Данное требование не было удовлетворено ввиду того, что обладало необходимым «идентичным интересом» для процедуры представительства.

До того, как распределение возмещения ущерба согласно доктрине *cy près* в Англии формально не было признано, одно из дел о фиксированных ценах в автомобильной промышленности, которое возникло прежде, чем появились *group litigation orders*, включало в себя выплаты Ассоциации потребителей для изучения безопасности автомобилей и результатом рассмотрения одного представительского иска о пиратских магнитофонных кассетах² стала выплата компании «Бритиш Фотографик Индастри Лимитед» для оказания поддержки идентификации и подавлению распространения подделок и иной пиратской деятельности. Выдвинутый в 2010 г. законопроект о финансовых операциях включил давно разрабатывавшуюся норму о распределении компенсации ущерба по доктрине *cy près*³.

Нидерланды. Согласно процедуре, предусмотренной голландским Актом о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда (процедура *WCA*), требования о финансовой помощи могут быть заявлены заинтересованными сторонами в соответствии с постановлением, регулирующим порядок возмещения ущерба, полученного в результате причинения различных категорий убытков. В свою очередь заинтересованные стороны, которые продолжают участвовать в деле, не могут подать индивидуальные жалобы на возмещение убытков.

С другой стороны, путем коллективной подачи иска согласно Гражданскому кодексу Нидерландов можно использовать любое средство судебной защиты, кроме материального возмещения. Обычно требования истцов направлены на декларативную защиту (путем определения прав и обязанностей сторон) и на судебное запрещение, выносимое для ответственной стороны с требованием действовать либо воздержаться от действий в отношении иных сторон. Заинтересованные стороны должны далее инициировать отдельные иски в целях доказывания наличия убытков и причин их возникновения, чтобы возместить полученный ущерб.

Таким образом, две процедуры подкрепляют друг друга путем предоставления права подачи коллективного иска, используемого для решения оставшихся вопросов права, без финансового риска как для заявителей, так и для ответственной стороны, следовательно, облегчающего процесс проведения переговоров. Отсутствие прямых материальных последствий права подачи коллективного иска может способствовать уменьшению риска заключения соглашений с целью вымогательства, а отсутствие формального определения ответственности в процедуре *WCA* позволит ответственным сторонам прекратить рассмотрение жалоб без ущерба для их репутации. Тем не менее главная организация потребителей в Голландии,

¹ *Emerald Supplies Ltd. v. British Airways plc* [2010] EWCA Civ 1284.

² *EMI Records Ltd. v. Riley*, [1981] 1 W.L.R. 923 (Ch) (Eng.).

³ *Financial Services Act*, 2010, § 23(4)–(5) (U.K.).

Consumentenbond, возражает, подчеркивая, что какой бы то ни было стимул решать спор без использования процедуры коллективного иска, имеющего материальные последствия, отсутствует. А если нет интереса к решению спора, то отсутствует и возможность для заинтересованных сторон получить денежную компенсацию при подаче индивидуальных, экономически невыгодных исков.

Италия. Помимо массовых исков в сферах защиты прав потребителей, окружающей среды, регулирования рынка ценных бумаг, защиты от дискриминации, которые были введены во исполнение директив ЕС, теперь существует *публичный групповой иск*¹. Публичные групповые иски могут быть поданы в административные суды уполномоченными органами или юридическими лицами, которые могут требовать защиты против бездействия со стороны органов государственного управления в форме вынесения судебного приказа. Убытки не присуждаются, но суды могут обязать органы государственного управления (как ответчиков) выполнить возложенные на них обязательства. Заинтересованные лица имеют возможность требовать взыскания убытков в гражданских судах путем подачи индивидуального иска или *частного* группового иска по процедуре, установленной Потребительским кодексом.

Бельгия. В настоящее время в Бельгии институт массовых процессов может быть использован только для получения защиты в форме судебного приказа или иной превентивной форме, например, в случаях причинения вреда окружающей среде² или незаконной агитации³, но не для получения компенсации⁴. Каждое из трех находящихся в данный момент предложений о проведении реформы предлагает разрешить заявление денежных требований. Предложение правительства также предусматривает, что суд может решить не распространять присужденную сумму среди отдельных членов группы лиц, если эта сумма меньше определенного предела и расходы по распространению слишком велики. Эта сумма должна передаваться в правительственный фонд, созданный для финансирования будущих групповых исков. Предложение Фламандской ассоциации юристов предполагает назначение специального лица, уполномоченного администрировать индивидуальные требования членов группы вне суда⁵.

Швеция. Шведский Акт о массовых процессах регулирует групповые иски в судах общей юрисдикции, причем применение этого института не ограничено какой-либо

¹ См.: Council Directive 98/27/EC // O.J. (L 166) 51 (EU); Council Directive 2009/22/EC // O.J. (L 110) 30 (EU).

² *Wet van betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu* [Federal Environmental Protection Act] of Jan. 12, 1993 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] Feb. 19, 1993 (Belg.).

³ *Wet op de financiële transacties en de financiële markten* [Act on Financial Transactions and Financial Markets] of Dec. 4, 1990 // *Belgisch Staatsblad* [B.S.] Dec. 22, 1990 (Belg.).

⁴ Предложения свести эти процедуры к единой трансматериальной процедуре, как это было сделано в 1994 г. в Нидерландах (ст. 3:305а Гражданского кодекса Нидерландов), пока не увенчались успехом (см.: Mathias E. Storme, Evelynne Terryn, *Belgian Report on Class Action 2* (2007) // http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Belgium_National_Report.pdf). Последнее предложение от февраля 2008 г. предполагает внесение изменений в ст. 18 Судебного кодекса: «Истец считается имеющим интерес в принесении группового иска, если истцом выступает ассоциация (организация), обладающая статусом юридического лица в течение как минимум одного года, действующая в соответствии со своими уставными целями и ранее действовавшая в соответствии с такими целями».

⁵ Так называемый регулировщик судебных претензий. См.: David Rosenberg, *Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master* // 69 *B.U. L. Rev.* 695 (1989); Wayne D. Brazil, *Special Masters in Complex Cases: Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?* // 53 *U. Chi. L. Rev.* 394 (1986).

отраслью права. Все три формы исков, предусмотренные Актом, дают истцу возможность требовать вынесения судебного приказа или возмещения вреда, причиненного отдельным членам группы лиц. В качестве групповых исков могут рассматриваться требования к ответчику об определенных действиях (например, уплатить убытки или прекратить определенную деятельность) и/или просьбы о декларативных решениях (см. выше). Однако применяются материальные нормы обычного права о причинности в деликтном праве, исчислении убытков и доказывании. Механизмы постсудебного расчета, стандартизированные расчеты убытков и «близкие к требованиям истца» формы возмещения не предусмотрены шведским Актом. Института штрафных убытков в Швеции не существует. Эти ограничения сужают доступ к правосудию в массовых процессах так же, как в процессах иных форм.

Бразилия. В публичных групповых исках доступны все формы судебной защиты, включая декларативное, конститутивное и обвинительное решения, вынесенные в форме постановлений в целях выплаты компенсации и присуждения наказаний. В большинстве групповых исков истцы чаще всего заявляют требования о прекращении противоправных действий и принятии обвинительного постановления.

Российская Федерация. В целом ограничение на предоставления той или иной формы судебной защиты отсутствует, однако неопределенные меры, направленные на уведомление группы, могут включать в себя лишь предоставленные средства судебной защиты.

5. Участие суда

Рассмотрение групповых исков ставит дополнительные задачи перед судами как общего, так и континентального права. С одной стороны, суды общего права должны найти способы обращения с отсутствием состязательности, когда интересы представителя истца и защитника ответчика при утверждении мирового соглашения сбалансированы так, что процесс лишен основных юридических преимуществ состязательной системы. С другой стороны, учитывая величину суммы иска, стороны могут настаивать на большем участии в процессе, чем это обычно предполагается. Отдельные обязанности суда отражают важные критерии оценки компетенции суда и необходимые условия контроля над массовыми процессами.

Канада. В соответствии с законодательством о массовых процессах дела должны быть сертифицированы, чтобы их можно было рассмотреть в групповом производстве; уведомление членов группы должно быть утверждено судом; каждый иск рассматривается специально назначенным судьей; дело может быть разрешено посредством заключения мирового соглашения и гонорары адвокатов определены только после утверждения их судом. Такое всестороннее вмешательство суда призвано гарантировать, что интересы отсутствующих членов группы защищены.

Надзорная роль суда особенно важна в установлении справедливости мирового соглашения, так как обычные гарантии состязательного процесса не действуют, если представитель истца и ответчики имеют общий интерес в утверждении судом мирового соглашения, о котором они договорились¹. До недавних пор канадские

¹ *Smith v. Nat'l Money Mart*, 2010 ONSC 1334 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) («Также хорошо известно, что для суда обременительна обязанность определять, должны ли мировое соглашение и гонорар защитника быть одобрены и отклонены»).

суды не приветствовали участие не сторон в проверке того, что мировое соглашение «справедливо, разумно и в интересах членов группы». В то время как их американские коллеги поощряли активное участие некоммерческих организаций, государственных органов и главных прокуроров штатов в слушаниях по вопросу о справедливости мирового соглашения с целью облегчить задачу суда¹, в Канаде лишь недавно признали ценность назначенных судом наблюдателей, *amici curiae* и опекунов-представителей несовершеннолетних/недееспособных, помогающих судье оценить предложенные мировое соглашение или гонорар адвоката².

Австралия. Здесь хорошо понимают, что групповые процессы требуют большего судейского контроля, чем стандартные, в целях защиты интересов неопределенных сторон, обеспечения надлежащего уведомления и распределения защиты, определения вопросов, требующих ответа, на уровне подгрупп и отдельных членов группы³. Соответственно, судьям даны широкие полномочия по руководству массовыми процессами⁴, в том числе: утверждение уведомления группы⁵; разделение, где необходимо, группы на подгруппы и назначение представителей для них⁶; утверждение предложенных мировых соглашений⁷; прекращение производства по делу⁸. Утверждение мирового соглашения вызывает особые трудности, так как оно основано на результате переговоров между представителем истца и ответчиком и, как правило, против него не выдвигается возражений⁹. Судьи редко отказываются утвердить мировое соглашение¹⁰, несмотря на критику некоторых комментаторов¹¹, но это не влечет использования купонов или других злоупотреблений¹². Тем не менее, учитывая большое количество массовых процессов, заканчивающихся заключением мирового соглашения, это остается предметом размышлений.

В отличие от североамериканского процесса, австралийский не предусматривает сертификации группы, но предоставляет ответчику право поставить под сомнение

¹ Barbara J. Rothstein, Thomas E. Willging, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges* 15 (2009).

² *Smith v. Nat'l Money Mart*, 2011 ONCA 233 (Can. Ont. CA).

³ Austl. Law Reform Comm'n, *Grouped Proceedings in the Federal Court: Report no. 46*, at 157.

⁴ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) pt IVA s 33ZF; *Supreme Court Act* 1986 (Vic) pt 4A s 33ZF (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW) pt 10 s 183 (Austl.).

⁵ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) pt IVA s 33Y; *Supreme Court Act* 1986 (Vic) pt 4A s 33Y (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW) pt 10 s 176 (Austl.).

⁶ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) pt IVA s 33Q; *Supreme Court Act* 1986 (Vic) pt 4A s 33Q (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW) pt 10 s 168 (Austl.).

⁷ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) pt IVA s 33W; *Supreme Court Act* 1986 (Vic) pt 4A s 33W (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW) pt 10 s 174 (Austl.).

⁸ *Federal Court of Australia Act* 1976 (Cth) pt IVA s 33V; *Supreme Court Act* 1986 (Vic) pt 4A s 33V (Austl.); *Civil Procedure Act* 2005 (NSW) pt 10 s 173 (Austl.).

⁹ *Lopez v. Star World Enters. Pty. Ltd.* [1999] FCA 104 para 15–16 (Austl.).

¹⁰ См. в целом: V. Morabito, *An Australian Perspective on Class Action Settlements* // 69 *Mod. L. Rev.* 347, 367–371 (2006).

¹¹ См., например: Marsha Jacobs, *Telstra Class Action Settled for Just \$5m* // *Austl. Fin. Rev.*, Nov. 17, 2007, at 3; V. Morabito, *Judicial Responses to Class Action Settlements that Provide no Benefits to some Class Members* // 32 *Monash U. L. Rev.* 75 (2006).

¹² В США некоторые мировые соглашения оговаривают за членами группы право на купоны со скидкой на продукцию ответчиков вместо денежной компенсации, в то время как щедрые суммы вознаграждения уплачиваются представителям истцов. См., например, *In re General Motors Corp. Pick-up Truck Fuel Tank Prod. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768 (3d Cir. 1995).

законность производства в любой момент¹, когда требуемые условия не были соблюдены² или когда суд сочтет, что рассмотрение дела в порядке группового производства нецелесообразно³. Хотя такой подход был предназначен для упрощения распространения групповых исков, регулярная практика оспаривания законности массовых процессов произвела эффект, наблюдаемый и в Северной Америке⁴, и побудила некоторых комментаторов предложить введение сертифицированного процесса⁵.

Англия и Уэльс. Руководство делом является существенной частью групповых процессов в Англии и Уэльсе⁶ как средство, помогающее справиться со сложностью процесса и удостовериться, что выбранный подход соответствует главной цели. Потребность в твердом руководстве процессом стала особенно заметной после критики методов управления групповым процессом в период, когда еще не были доступны приказы о рассмотрении дела в порядке группового производства; это было признано по отношению к комплексному производству в Докладе и Рекомендациях рабочей группы Коммерческого суда по вопросу затяжных процессов в 2007 г. Совет по гражданскому судопроизводству в своем отчете 2008 г. обратил внимание на сходство между массовыми и комплексными коммерческими исками и, соответственно, на необходимость аналогичного подхода к массовым искам.

В частности, в групповом процессе в целях сертификации группы должны быть соблюдены пять условий: *многочисленность* (необходимо достаточно большое число претензий)⁷; *общность* (иск должен основываться на «общих или связанных

¹ Austl. Law Reform Comm'n, *Grouped Proceedings in the Federal Court: Report No. 46*, at 146.

² Первое условие заключается в том, что семь или более лиц предъявляют претензии к одному и тому же лицу. Второе условие: претензии должны касаться одних и тех же, одинаковых или связанных обстоятельств. Третье, последнее, условие: требования группы затрагивают существенный общий вопрос права или факта (*Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33C1; *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33C1 (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 157(1) (Austl.)).

³ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) pt IVA s 33N(1)(d); *Supreme Court Act 1986* (Vic) pt 4A s 33N(1)(d) (Austl.); *Civil Procedure Act 2005* (NSW) pt 10 s 166(1)(e) (Austl.).

⁴ *Bright v. Femcare Ltd.* [2002] 195 ALR 574, 607 (Austl.). Год спустя судья Финкельштейн снова подчеркнул, что «перед многими групповыми исками стоят такие препятствия, как бесконечно долгая и дорогостоящая подача предварительных заявлений, затяжная и еще более дорогая апелляция промежуточных приказов суда» (*Bray v. F Hoffmann-La Roche Ltd.* [2003] 200 ALR 607, 660 (Austl.); см. также: [2004] FCA 1637 (Austl.)).

⁵ См., например: Mulheron, *Common Law Class Action*, at 27–29; см. также *P Dawson Nominees Pty. Ltd. v Multiplex Limited* [2007] FCA 1061 para 18 (Austl.) (где судья Финкельштейн отметил, что «опыт использования групповых исков подсказывает, что отсутствие процедуры сертификации служит причиной подачи множества предварительных заявлений с проистекающими отсюда издержками и промедлениями»). Ситуация может в дальнейшем обостриться в связи с введением предварительных протоколов, требующих от сторон огромных усилий по разрешению спора, включая использование альтернативных методов перед производством в суде (см.: *Civil Dispute Resolution Act 2011* (Cth) (Austl.); *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) Practice Note CM 17 (Austl.)).

⁶ Правила гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules* [CPR], 1998, S.I. 1998/3132, r. 19.10 (U.K.)) определяют, что приказ о рассмотрении иска в групповом производстве «означает приказ... обеспечивающий руководство процессом, предполагающее разрешение общих или связанных вопросов права или факта с необходимыми широкими полномочиями, закрепленными в Правилах гражданского судопроизводства (r. 19.13 (U.K.))» (см.: *Civil Justice Council Report, Improving Access to Justice through Collective Actions* 161–162 // http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at800175_improving_access.authcheckdam.pdf).

⁷ *Civil Procedure Rules* [CPR], 1998, S.I. 1998/3132, r. 19.11 (U.K.).

вопросах факта или права»¹); *соответствие* (использование в процессе приказа о рассмотрении в порядке группового производства (*GLO*) должно соответствовать главной цели Правил гражданского судопроизводства (*CPR*), что необходимо для обеспечения справедливого рассмотрения судом дела)²; *предварительные условия* (согласие Лорда — главного судьи, Вице-канцлера или Главы органа гражданской юстиции (который является надлежащим))³; *старшинство* (приказ о рассмотрении дела в порядке группового производства не будет принят судом, если более подходящим является объединение исковых требований или производство с участием представителя⁴. Представительский иск требует, чтобы истцы имели одинаковый интерес в том, чтобы более чем одно лицо заявляло претензию вместе с представителем⁵; иски, сформулированные подобным образом, регулярно оспариваются на этой основе ответчиками.

Предложенный Закон о финансовых услугах содержал несколько условий сертификации, в том числе: общность (иск должен затрагивать «те же, одинаковые или связанные вопросы факта или права» по отношению к членам группы)⁶; соответствующий представитель (заявить иск может либо «идеологический истец» (лицо, обладающее специальными навыками или знаниями, но не имеющее личных оснований для предъявления иска), либо член группы, понесший убытки, если является «надлежащим лицом»)⁷; старшинство (массовый процесс должен быть «наиболее подходящим средством справедливого и эффективного разрешения общего спорного вопроса» и должен «подходить для достижения главной цели»)⁸; минимальная численность группы (группа лиц, которую можно идентифицировать)⁹; соблюдение предварительных условий (иск, который является слабым, но не настолько, что вероятно его исключение, может не выдержать сертификацию, так как «при любых обстоятельствах» его не следует сертифицировать)¹⁰; утверждение о правильности (истец-представитель должен указать в заявлении, что он не сомневается в возможности выиграть дело)¹¹; проверка соотношения издержек и выгод — суд должен принять во внимание «издержки и выгоды предполагаемого массового процесса» при установлении того, является ли массовое производство наиболее подходящим средством для справедливого и эффективного разрешения спора¹². Билль о финансовых услугах 2010 г. также включал положение о проверке справедливости мировых соглашений и утверждении судом каждого предложенного компромисса или прекращении производства по групповому иску¹³.

¹ *Civil Procedure Rules* [CPR], 1998, S.I. 1998/3132, г. 19.10, 19.11(1).

² *Ibid.*, at 1.1(1).

³ *Ibid.*, at Practice Direction 19B, para. 3.3.

⁴ *Ibid.*, at Practice Direction 19B, para. 2.3.

⁵ *Ibid.*, at г. 19.6.

⁶ См. *Financial Services Bill*, 2010, H.C. Bill 2010-2012 (U.K.) (предложение CPR 19.21(3)).

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibid.*, предложение 19.20(2)(b).

⁹ *Ibid.*, предложение 19.20(2)(a).

¹⁰ *Ibid.*, предложение 19.20(2)(c).

¹¹ *Ibid.*, предложение 19.18(3)(c).

¹² Bill, 2010, H.C. Bill 2010-2012 (U.K.) (предложение 19.20(3)(a)).

¹³ *Ibid.*, предложение 19.37.

Нидерланды. Для того чтобы мировое соглашение, заключенное в соответствии с голландским Актом о коллективном урегулировании споров о массовом возмещении вреда, стало обязательным для сторон, суд должен определить, представляет ли организация или ассоциация должным образом интересы своих членов в соответствии с уставом ассоциации; является ли величина компенсации, указанная в мировом соглашении, разумной¹ (основана ли она на размере и последствиях понесенного вреда; гарантирована ли выплата компенсации; оцениваются усилия и быстрота, с которой она может быть получена); были ли заинтересованные лица должным образом уведомлены² (как для целей возражений в отношении связывающего заявления, так и для решения вопроса, хотят ли они выйти из группы). Последнее может быть разрешено в досудебном слушании, во время которого суд может приказывать уведомить членов группы в другом порядке, поскольку это соответствует международным способам уведомления³.

Суд должен определить, удовлетворительно ли описывает мировое соглашение заинтересованные стороны в соответствии с природой и размером понесенного ими вреда; произвести аккуратную оценку количества заинтересованных сторон; указать размеры компенсации, условия ее присуждения, процедуру установления и получения выплаты, а также имена и место жительства заинтересованных сторон для целей уведомления. Полномочия суда изменять содержание соглашения ограничены проверкой справедливости размера компенсации или процесса определения компенсации. Суд не может лишить часть заинтересованных лиц права на компенсацию.

Предложенные реформы предполагают допустить участие суда в досудебном производстве для определения сути спора и поощрения сторон разрешить разногласия с помощью медиатора. Дополнительные меры будут стимулировать стремление сторон к переговорам и упростят как сами переговоры, так и исполнение мировых соглашений. В ходе дальнейшей реформы будет введена процедура запроса, направляемого в Верховный суд Нидерландов с целью уточнения правовых позиций сторон.

Италия. Иски могут заявляться на представительской основе, только если суд сочтет их допустимыми в соответствии с требованиями Потребительского кодекса. В иске может быть отказано, если он является совершенно необоснованным. Итальянское законодательство не предусматривает возможности контроля судом за справедливостью мировых соглашений. Остается ждать, как суды решат эту проблему.

Бельгия. В соответствии с предложением правительства, рассмотрение массовых исков следует ограничить Брюссельским судом первой инстанции и Брюссельским апелляционным судом⁴, чтобы гарантировать, что суды обладают необходимой

¹ BW [Civil Code], bk. 7, art. 907(3)(b), 907(3)(f) (Neth.).

² Rv [Code of Civil Procedure], art. 1013 (Neth.).

³ Rv [Code of Civil Procedure], art. 1013(5) (Neth.).

⁴ Это отражает метод, используемый голландским Актом о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда, согласно которому Апелляционный суд Амстердама является единственной инстанцией, компетентной рассматривать групповые иски. Правительственное предложение также предусматривает подготовку брюссельских судей и возможность для суда перемещаться по территории страны. См.: Randall D. Lloyd, Leonard B. Weinberg, Elizabeth Francis, *An Exploration of State and Local Judge Mobility* // 22 Just. Sys. J. 19 (2001); George R. Pring, Catherine K. Pring, *Specialized Environment Courts and Tribunals at the Confluence of Human Rights and the Environment* // 11 Or. Rev. Int'l L. 301, 328 (2009).

для этого квалификацией¹. Это обеспечит эффективное разрешение дел и развитие единообразной и стабильной судебной практики, особенно принимая во внимание ограниченное количество массовых процессов в европейских странах².

Исходя из роли суда в рассмотрении дела, важно отметить состязательный характер бельгийского судебного процесса в основном³ в отношении автономии сторон в вопросе установления рамок процесса, активную роль судей в руководстве делом⁴ и, где стороны представляют недостаточные доказательства, в возможности дополнительных запросов⁵. Существующие инструменты ведения дела, такие как полномочие устанавливать обязательный процессуальный календарь, делать *ex officio* дополнительный запрос, проводить дебаты сторон и налагать штрафы в случае нарушения правил или злоупотреблений, вполне могут быть приспособлены к групповому процессу.

В дополнение суд будет нуждаться в специальных полномочиях, включая право прекратить производство; заменить представителя истца, не выполняющего свои функции должным образом; разделить группы на подгруппы⁶. Такие инструменты необходимы для удостоверения, что интересы сторон, включая отсутствующих членов группы и публику, защищены и доверие населения идее группового производства оправдано⁷. Текущие предложения должны также включить процедуры, касающиеся уведомления, устанавливающие дополнительные требования для представителя группы и допускающие участие отдельных членов группы в процессе. Это будет важной характеристикой развитого группового производства.

Швеция. В Швеции групповое производство может быть инициировано только с согласия суда, которое будет дано при соблюдении следующих условий: иск основан на одном или нескольких общих или одинаковых обстоятельствах или вопросах права по отношению к претензиям членов группы; групповой иск является лучшим доступным способом рассмотрения большинства претензий (старшинство); состав группы достаточно определен; финансовое состояние дел представителя группы удовлетворительно и представитель является надлежащим; истцов представляет член

¹ См.: Stephen J. Choi, *The Evidence on Securities Class Actions* // 57 *Vand. L. Rev.* 1465, 1517–1518 (2004).

² На данный момент в Англии и Уэльсе инициировано 75 производств по приказам о рассмотрении дела в групповом процессе. С момента введения в 2005 г. голландского Акта о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда в Нидерландах таких производств насчитывается шесть. В Швеции в период между 2003 и 2007 гг. было рассмотрено 11 групповых исков.

³ См.: Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans* // Eric Dirix, Yves-Henri Leleu (eds.), *The Belgian reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law*, Bruylant, 2011, 309–311; см. также: Gerald J. Meijer, *Belgian Civil Procedure* // Henk J. Snijders (ed.), *Access to Civil Procedure Abroad*, Kluwer Law International, 1996, 193–237; Jean Laenens, Georges Van Mellaert, *The Judicial System and Procedure* // H. Bocken (ed.), *Introduction to Belgian Law*, Kluwer Law International, 2001, 83–110; Paul Lefebvre, *Belgium* // Shelby R. Grubbs (ed.), *International Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2003, 75–96.

⁴ Benoît Allemeersch, *Civil Case Management: The Belgian Debate and Reforms* // A.W. Jongbloed (ed.), *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Intersentia, 2008, 237.

⁵ Состоящих, например, в представлении определенных документов, даче показаний свидетелями, официальном осмотре места произошедшего, личной явке сторон в суд.

⁶ V. Morabito, *Ideological Plaintiffs and Class Actions. An Australian Perspective* // 34 *U.B.C. L. Rev.* 459, 494–495 (2000–2001).

⁷ См.: Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts* // 30 *U.C. Davis L. Rev.* 805 (1997); Richard A. Nagareda, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action* // 115 *Harv. L. Rev.* 747 (2002); Catherine Piché, *Judging Fairness in Class Action Settlements* // 28 *Windsor Y.B. Access to Just.* 111, 111–112 (2010).

адвокатской ассоциации (с несколькими исключениями)¹. Требование представительства членом адвокатской ассоциации является уникальным для производства по групповым искам в шведской системе судопроизводства.

Уведомления членов группы² и апелляции³ также осуществляются с утверждения судьи в целях защиты членов группы, ответчика и суда от злоупотреблений, равно как и мировые соглашения утверждаются в целях обеспечения их обязательности для группы. Вероятность утверждения мировых соглашений зависит от того, не являются ли они дискриминирующими в отношении отдельных членов группы или очевидно неосновательными⁴. Кроме того, изменение издержек и отсутствие гарантий против условных адвокатских гонораров (*conditional fees*), «рисковые соглашения» (условные гонорары) связывают стороны, только если утверждены судом как разумные с учетом сути спора.

Бразилия. Поведение сторон в групповом процессе, включая переговоры о заключении мирового соглашения, контролируется Департаментом прокурора — автономным государственным департаментом, независимым от правительства и судебной власти. Если Прокурор не участвует в деле в качестве истца, он осуществляет надзор за процессом. Судья вправе налагать серьезные наказания за недобросовестное поведение в процессе.

Российская Федерация. В групповых процессах суд определяет, может ли спор быть рассмотрен в порядке группового производства, и устанавливает стороны процесса. Тем не менее, в отличие от стандартного процесса, где суд обязан уведомить участников, в данном случае эта обязанность возложена на инициатора. Доступные способы уведомления дают основания полагать, что количество средств, позволяющих гарантировать надлежащее совершение уведомления, ограничено или что инициатор воспринимает свою ответственность серьезно.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

Канада. Групповые иски в Канаде были сконструированы по модели американских, но, думается, при этом в силу различий юридической культуры удалось избежать некоторых эксцессов, свойственных американскому процессу. Хотя многие иски потребителей и держателей ценных бумаг являются продолжением исков, рассматриваемых в американском процессе, гонорары адвокатов и суммы компенсаций, устанавливаемых мировым соглашением, были ограничены отчасти благодаря отсутствию суда присяжных заседателей, компенсационных сумм в тройном размере понесенных убытков и более консервативному судейскому корпусу. Вследствие активного экономического взаимодействия между двумя странами, как уже упоминалось выше, имело место множество параллельных и пересекающихся исков, и во многих из них использовалось неформальное сотрудничество адвокатов или судов. В 2011 г. Ассоциация американских юристов утвердила протоколы об уведомлении и межсудебном взаимодействии, нацеленные на упрощение координации параллельных исков⁵.

¹ SGPA § 8 (SFS 2002:599) (Swed.).

² SGPA § 13, 24, 49, 59.

³ SGPA § 42, 48.

⁴ SGPA § 26.

⁵ Consultation Paper: Canadian Judicial Protocol for the Management of Multijurisdictional Class Actions // http://www.cba.org/CBA/ClassActionsTaskForce/PDF/Consultation_eng.pdf

Австралия. Правительство Австралии признало, что групповые иски стали значимой частью австралийской судебной системы¹, облегчив доступ населения к правосудию². Иски, предъявляемые профсоюзами, помогли тысячам рабочих получить компенсацию³, и две крупнейших организации Австралии, Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям и Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав потребителей, благодаря федеральной процедуре рассмотрения групповых исков смогли осуществить свои мандаты⁴. Ввиду того, что они сконструированы по типу американских групповых исков, кажется, что, в общем, первые совместимы со вторыми.

Англия и Уэльс. В той степени, в которой для исков американского типа характерны возможность члена группы выйти из нее, общая оценка убытков, примерное их распределение, сертификация и проверка справедливости мирового соглашения, в такой степени групповой процесс Англии и Уэльса лишен этих признаков, хотя они содержались среди первоначально предложенных изменений в Законе о финансовых услугах⁵. Жесткая критика групповых исков американского типа была осуждена Советом по гражданскому судопроизводству как неуместная; американские массовые иски действуют на иной основе с ограниченным изменением судебных издержек, широкими правами по предварительному раскрытию доказательств, судом присяжных, исчисляемыми в процентном отношении гонорарами адвокатов и штрафными убытками⁶. Возможно ли введение в английскую процессуальную систему правового режима коллективного возмещения, подобного существующему в США, Канаде и Австралии, остается пока неясным.

Нидерланды. Голландский Акт о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда не создает группового иска, идентичного американскому, но вводит механизм утверждения мировых соглашений, который будет связывать стороны в случае, если они не изъявят желание выйти из состава группы. Он основывается на том обстоятельстве, что большинство групповых исков в США, Канаде и Австралии разрешаются при помощи мирового соглашения. На данный момент уже пять мировых соглашений утверждены и шесть ожидают утверждения. Некоторые из них осложнены иностранным элементом, некоторые позволили защитить свои права потерпевшим — гражданам европейских стран, которые не могли получить компенсацию в американском процессе⁷. Хотя голландский Акт был разработан с учетом американской конструкции групповых исков и показал пользу групповых исков в Европе, решение не вводить иск американского образца скорее отражает

¹ Hon. Chris Bowen, Minister for Fin. Servs., *Superannuation & Corporate Law, Address to Shareholder Class Action Conference* (May 4, 2010) // <http://ministers.treasury.gov.au/DisplayDocs.aspx?doc=speeches/2010/005.htm&pageID=005&min=ceba&Year=&DocType=1>

² Ibidem.

³ См.: Jane Caruana, Vince Morabito, *Australian Unions — The Unknown Class Action Protagonists* // 30 *Civ. Just. Q.*

⁴ См., например, *Australian Comp. & Consumer Comm'n v. Chats House Inv. Pty. Ltd.* (1998) 83 FCR 424 (Austl.).

⁵ Financial Services Bill, 2010, H.C. Bill 2010-12 cl. 18-25 (U.K.).

⁶ John Sorabji et al. (eds.), *Improving Access to Justice Through Collective Actions*, 2008, 38—41.

⁷ См. *In re Royal Dutch / Shell Transp. Sec. Litig.*, 522 F. Supp. 2d 712, 721 (D.N.J. 2007); Hof 29 mei 2009, NJ 2009, 506 m.nt. J.M.J. Chorus, M.P. van Achterberg en W.H.F.M. (*Shell Petroleum N.V./Dexia Bank Nederland N.V.*) (Neth.); *In re SCOR Holding (Switz.) AG Litig.*, 537 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2008).

особенности прагматической голландской культуры, стремящейся скорее найти практическое решение в ходе переговоров, чем затевать дорогостоящие тяжбы в массовом процессе.

Италия. Итальянские групповые иски отличаются от американских по многим основаниям, включая требование участия членов группы, отсутствие установлений относительно финансирования и проверки справедливости мирового соглашения. Несмотря на это, любая проблема, вызванная неразвитостью групповых исков, должна рассматриваться в более широком контексте неэффективной системы правосудия. Тем не менее, как отмечено Комиссией Европейского Союза в рабочем докладе «Навстречу гармоничному европейскому способу коллективного возмещения вреда»¹, проблемы, порожденные разнообразием правовых систем, лучше всего могут быть разрешены при помощи общего подхода к коллективному возмещению вреда, который поможет национальной правовой системе найти свой путь.

Бельгия. Групповые иски в Бельгии рассматриваются как дополнение к существующим методам урегулирования споров о массовом причинении вреда и принимаются к рассмотрению, лишь если обладают старшинством по отношению к другим доступным методам². Их роль может быть понята в контексте множества других публичных, частных и административных ресурсов³ в форме советов по жалобам, уголовного преследования с возможностью дополнительной помощи жертвам и правительственных регулирующих органов, например, как в сфере конкурентного права. Бельгийские групповые иски там, где они необходимы, будут работать иначе, чем американские, так как они помещены в другую процессуальную культуру с другими правилами о процессуальной правоспособности, финансировании производства и участии суда. Здесь нужно, чтобы они были инициированы идеологическим истцом; они не могут финансироваться подобно условным адвокатским гонорарам; также требуется, чтобы они рассматривались компетентным судом. Тем не менее бельгийский групповой процесс будет пытаться достичь тех же целей, что и американский, и будет рассматривать требования сторон о принятии судом приказа и присуждении компенсации.

Швеция. При оценке совместимости правовых режимов необходимо иметь в виду, что в Швеции суды играли менее важную роль в реформе, чем другие средства разрешения споров и изменения поведения. Может быть, отчасти причиной этому послужило убеждение, что судебный процесс не самый справедливый способ защиты прав потребителей и других лиц, отчасти — историческое отсутствие убежденности в желании судов и судей активно участвовать в построении социального государства на основе социальной демократической модели. Вместе с ограниченными полномочиями суда в области правотворчества и судебного контроля это уменьшило влияние шведских судов в гражданских делах и ограничило стремление к судебному разрешению споров. Тем не менее есть признаки того, что ситуация может измениться с возрастанием роли судов и появлением новых функций гражданского судопроизводства⁴.

¹ European Comm'n, *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress* (2011) // http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0054/sec_2011_173_en.pdf

² См. *FED. R. CIV. P.* 23(b).

³ Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, 2008, 235.

⁴ См.: Per Henrik Lindblom, *The Growing Role of the Courts and the new Functions of Judicial Process — Fact or Flummery?* // 51 *Scandinavian Stud. L.* 281 (2007).

Различия между американскими и шведскими групповыми исками включают: изменение издержек; отсутствие непредвиденных гонораров *strictu sensu* и государственные и частные механизмы; требование участия членов группы; отсутствие досудебного раскрытия доказательств, механизмы послесудебного подчета, приблизительные суммы компенсаций, штрафные убытки и стандартизированное исчисление убытков уменьшили эффективность массового процесса. За дальнейшие ограничения высказываются страховщики, некоторые группы адвокатов и консервативно настроенные судьи и политики. Этот взгляд побудил многих выступать за альтернативные способы разрешения споров (*alternative dispute resolution* – *ADR*) как более доступный, гибкий, быстрый и менее затратный путь к разрешению спора, как способ разгрузить судей. Это неоспорно. Альтернативные способы служат ценным добавлением к гражданскому производству (включая групповые иски)¹; тем не менее некоторые выражают озабоченность тем, что, замещая суды, они могут уменьшить их роль и создать угрозу функционированию судебной системы².

Бразилия. Хотя бразильская система преследует те же цели, что и американская, здесь создана собственная модель, без сертификации и раскрытия доказательств, где ассоциации играют важную роль, представляя группу. Более того, в обстоятельствах, когда нет возможности выйти из группы, результат не препятствует дальнейшей тяжбе заинтересованных сторон. Как и относительно других юрисдикций континентальной системы права, невозможно представить, что Бразилия будет реформировать процесс, чтобы сделать его более похожим на американский.

Российская Федерация. Частные групповые иски до сих пор остаются слишком недавним нововведением, чтобы можно было оценить, как они будут функционировать. Тем не менее кажется вероятным, что России также придется столкнуться с теми же проблемами совместимости исков с исками американской модели, с которыми пришлось иметь дело другим юрисдикциям семьи континентального права.

IV. Дальнейшие размышления: чего мы (они) боимся?

В этой работе мы стремились выйти за пределы американского подхода к различиям в режимах коллективной защиты прав, действуя путем проведения опроса среди компаративистов из различных правовых систем о конкретных аспектах режимов коллективной защиты прав, которые могут повлиять на формирование взглядов

¹ *Carl de Geer v. Luftfartsverket* [*Carl de Geer v. Swedish Airports & Air Navigation Serv.*] [Nacka District Court, Environmental Court Division] 2007 M1931(Swed.) Жители местности, соседствующей с аэропортом Стокгольм-Арланда, создали некоммерческую организацию под названием «Жители Весбю против авиационного шума» для подачи частного группового иска против шведских аэропортов и Службы воздушной навигации (*LFV*) с требованием возмещения вреда, причиненного шумом от самолетов, от имени около 20 000 человек, в большинстве своем жителей соседствующего с аэропортом района. Окружной суд принял иск к рассмотрению, и около 7000 человек вступили в дело по состоянию на данный момент. *LFV* ходатайствовала об отказе в иске, утверждая, что требования § 8 *SGPA* не были соблюдены. Суд отклонил ходатайство в январе 2009 г. Стороны впоследствии начали переговоры о заключении мирового соглашения, которые продолжаются до сих пор (сентябрь 2011 г.) (см.: Lindblom, *National Report: Group Litigation in Sweden*, at 7).

² См.: Per Henrik Lindblom, *ADR – the Opiate of the Legal System?* // 16 *European Rev. Private L.* 63 (2008). Противоположную точку зрения см.: Bengt Lindell, *Alternative Dispute Resolution and the Administration of Justice – Basic Principles* // 51 *Scandinavian Stud. L.* 311, 322 (2007).

на американский групповой иск. Однако опрос о взглядах на культурные аспекты такой дискуссионной процедуры, как групповой иск, чреват непредвиденными ловушками. Среди самых значительных — те, что проистекают из проблемы выбора образцов для анализа. Для того чтобы получить для целей сравнительно-правового исследования глубокий и информативный ответ на вопрос об особенностях сложных процессуальных механизмов, таких как системы коллективной защиты, необходимо консультироваться со специалистами по широкому кругу вопросов процессуального права в разных правовых системах. Поэтому подготовить отчетов для настоящей работы мы просили компетентных в данной области компаративистов.

После получения отчетов стало очевидно, что сильная реакция, которую обычно вызывало обсуждение групповых исков американского типа на многих международных форумах, оказалась странно приглушенной. Можно объяснить это тем, что враждебность и озабоченность противников реформ, которые могли бы привести к сближению их правовой системы с американской моделью, вызвана главным образом незнанием.

Мишель Таруфо более десяти лет назад писал, что «европейское отрицание групповых исков — имеющее в своей основе незнание — обычно оправдывалось необходимостью предотвратить проникновение такого монстра в тихие правовые сады Европы»¹. Знания и опыт в области групповых исков, полученные специалистами, подготовившими отчеты для настоящей работы, в различной степени отдалили их от остальных, менее информированных представителей их правовых систем. Действительно, в резолюции Европейского парламента от 2 февраля 2012 г. «К последовательному европейскому подходу к коллективной защите прав»² было подчеркнуто, что «Европа должна воздержаться от введения системы групповых исков американского типа или иной системы, которая не соответствует европейским правовым традициям»³.

Даже если взгляды подготовивших отчеты ученых формировались независимо друг от друга, на них все равно оказало влияние знание о существовании множества вариаций режимов коллективной защиты прав и последствиях выбора тех или иных опций. В противовес остальным членам их профессиональных юридических сообществ, не поддерживающих реформы, которые могут повлечь усиление предпринимательской составляющей в праве и другие нежелательные черты, ассоциирующиеся с американским гражданским процессом, специалисты, подготовившие отчеты, выказывали нетерпение в связи с медленным ходом таких реформ.

В остальном эти специалисты не проявляли наивности в вопросе о трудностях проведения реформ. Они обладают достаточными знаниями, чтобы осознать, что ассимиляция института группового иска в местной правовой культуре (чтобы при этом он эффективно действовал) потребует гораздо более творческих решений, чем простая имплементация⁴.

¹ Michele Taruffo, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective* // 11 *Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y* 405, 414 (2001).

² European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress', European Parliament // <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//EN>

³ Ibidem.

⁴ Cp.: Christopher Smithka, *From Budapest to Berlin: How Implementing Class Action Lawsuits in the European Union Would Increase Competition and Strengthen Consumer Confidence* // 27 *Wis. Int'l L.J.* 173 (апримен-

Возможно, все равно останется разница во взглядах на превращение прав в товар в процессе их защиты. В своей язвительной работе 2009 г. о проблемах, возникающих в связи с институтом группового иска американского типа, профессора Иссахаров и Миллер обозначили в качестве основной проблему «очевидного культурного неприятия правоприменения как предпринимательской деятельности, которое может оттолкнуть потенциальных реформаторов»¹. Однако для большинства исследователей из других стран, кроме Соединенных Штатов, далеко не очевидно, что правоприменение — это действительно предпринимательская деятельность.

Особенно неочевидна предпринимательская составляющая правоприменения в континентальном праве, где ход процесса и разрешение гражданских споров находятся под управлением судов, которые считаются государственными органами. В континентальном праве дела разрешаются потому, что государство осуществляет правосудие через свои суды, применяющее установленные государством законы. Это — не результат денежного компромисса между причинителями вреда и представителем группы лиц, который стремится получить солидный гонорар.

В остальных уголках мира общего права также неочевидно, что правоприменение — это бизнес. В других странах с системами общего права принцип диспозитивности смягчен, по крайней мере с точки зрения общества, мнением, что даже групповые иски нужны, прежде всего, для обеспечения доступа к правосудию и материальные последствия решения по гражданскому делу — не единственная и не лучшая мера успешности процесса.

Вероятно, еще более важными являются два других вопроса, возникающих в связи с вопросом о том, правда ли, что судебные процессы — это только вопрос денег. Первый вопрос состоит в том, действительно ли для эффективного функционирования режима коллективной защиты прав необходимы некие экономические поощрения, как в групповых исках американского типа. Об этом говорят Иссахаров и Миллер. Второй вопрос заключается в том, обязательно ли определение групповых процессов как вида предпринимательской деятельности угнетает чувство справедливости при разрешении массовых споров до такой степени, что некоторым видятся исключительно деловые переговоры между предприятием — причинителем вреда и командой алчных юристов.

Учитывая чрезвычайно сложные матрицы процессуальных механизмов и особенности экономической и профессиональной обстановки, в которой существуют групповые иски, весьма вероятно, что единственный способ ответить на эти вопросы — провести реформы и понаблюдать за результатом. Сложность состоит в том, что, как показал американский опыт, это знание, как в диалоге Платона, нельзя приобрести в процессе обучения². В самом деле, отличительной особенностью

тирует необходимость введения групповых исков с уверенностью, что отсутствие штрафных убытков и чрезмерные гонорары адвокатов смогут предотвратить злоупотребления, которых все опасаются).

¹ Issacharoff, Miller, *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, at 181.

² В «Протагоре» Сократ предупреждает Гиппократу об учении Протагора, которое, по его словам, в отличие от фрукта на рынке, нельзя купить и изучить перед употреблением — ознакомившись однажды с этим учением, человек уже не сможет отделить его от своей личности (Платон. Собр. соч. В 4 т. Т. 1. М., 1994).

американского сравнительного правоведения является тенденция размышлять о многих проблемах, связанных с крайностями групповых исков американского типа, и мерах, которые были приняты, чтобы компенсировать их.

Следовательно, наверное, самый благоразумный подход к реформированию режимов коллективной защиты прав за пределами США будет состоять в следующем. Нужно взять два этих вопроса в указанной последовательности, т.е. сначала проверить эффективность, а только затем пригодность; при этом эффективность нужно проверять через отсутствие. Другими словами, если эффективное правоприменение с неизбежностью имеет предпринимательскую составляющую, то нет необходимости раньше времени ее вводить — необходимость в ней и так станет очевидна. Напротив, проведение реформ, согласующихся с правовой культурой страны, независимо от того, эффективны они или нет, позволяет впоследствии оценить эффективность таких реформ и добавить экономических стимулов, где требуется. С некоторыми оговорками по такому пути пошли Канада и Австралия, где отношение к гонорарам адвокатов и привлечению финансирования от третьих лиц постепенно эволюционировало, поскольку обоснование реформы давалось на конкретных примерах из практики.

Такой подход к реформам снижает риск обнаружения того, что определенная реформа не соответствует правовой культуре страны. Эксперименты с потенциально непригодными заимствованиями могут принести в правовую систему непопулярную процедуру, которая вредит репутации судебной системы, но от нее сложно избавиться, потому что определенная часть представителей юридической профессии сильно в ней заинтересована.

Если продолжить размышлять, можно предсказать появление альтернативы — родственной процедуры, которая стремится не воспроизводить групповой иск американского типа, а предоставить преимущества такого иска потенциальным участникам дела, которое могло бы быть групповым иском. Недавно утвержденное Апелляционным судом Амстердама мировое соглашение в деле *Converium* стало первым в Европе судебным решением в мультиюрисдикционном групповом процессе, построенном на презумпции участия в деле (*opt-out*). В принципе данное решение будет признано по всей Европе на основе Брюссельских правил.

Любой анализ процедуры по *WCAM* с американской точки зрения, на основе системы сдержек и противовесов, разработанной для групповых исков американского типа, приведет к выводу о нежизнеспособности этой процедуры. Сведение всей системы коллективной защиты прав к единственной процедуре — процедуре утверждения мирового соглашения, к которой в США относятся с величайшей осмотрительностью, — едва ли покажется решением, способным обеспечить полноту системы. Добавьте к этому требование о том, что переговоры проводятся не с адвокатом, чьи экономические интересы, скорее всего, совпадают с интересами истцов, а с некоммерческой организацией, чьи интересы могут отражать однородные идеологические соображения, и процедура по *WCAM* выглядит, как минимум с американской позиции, в лучшем случае сомнительной.

А между тем, будучи производной процедурой — такой, которая опирается на параллельное существование групповых процессов в США или где-то еще, процедура по *WCAM* может удачно локализовать процесс коллективной защиты в споре, затрагивающем несколько юрисдикций. Дает ли эта процедура ответчикам

возможность улаживать требования, еще нужно выяснить. Позволяет ли она истцам ощутить, что правосудие свершилось, еще нужно понять. Тем не менее вопреки всем прогнозам, которые даются исходя из опыта американских групповых исков в успешной системе коллективной защиты прав, процедура по *WCAM* обещает вселять максимум уверенности и, возможно, минимум страха в тех, кто больше всего боится групповых исков американского типа.

**Вики Вей (*Vicki Waye*)¹,
Винченцо Морабито (*Vincenzo Morabito*)²**

АВСТРАЛИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД³

1. Цели

Наличие общего предмета исковых требований позволит рассматривать дело в порядке единого судопроизводства, и истец, представляющий группу, теперь может добиться судебного разбирательства, хотя раньше он мог бы получить отказ, так как в случае рассмотрения дела в индивидуальном порядке по личному иску судебные расходы составили бы огромную сумму⁴.

Система судебного разбирательства по групповым искам в Австралии направлена на обеспечение нормативно-правового регулирования⁵ в социальной сфере, что подразумевает защиту прав потребителя, эффективные рынки, улучшение экологии, так как находится в компетенции не только частных доверенных лиц⁶. Групповые иски обычно инициируются и финансируются частным образом⁷. За счет снижения расходов на возмещение ущерба посредством увеличения количества участников группового иска истцы, их законные представители и те, кто финансирует судебный процесс, получают экономический стимул добиться компенсации за ущерб, если это не удастся сделать с помощью регуляторных мер. Таким образом, появляется больше шансов получить возмещение с лица, причинившего ущерб, и сдерживание путем устрашения становится более эффективным.

¹ Профессор Университета Южной Австралии (*University of South Australia*) (Австралия).

² Университет Монаш (*Monash University*) (Австралия).

³ Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

⁴ *Australia, Access to Justice Taskforce, A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil System*, 2009, at 114; *Commonwealth, Parliamentary Debates, House of Representatives*, 14 November 1991, 3174 (Mr Michael Duffy – Attorney-General); Australian Law Reform Commission, Report No. 46, Group Proceedings in the Federal Court (1988) at [13].

⁵ *Ibidem*.

⁶ См. обсуждение ниже, в разделе «Представительство».

⁷ Bernard Murphy, Camille Cameron, *Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia* // (2006) 30 *Melbourne University L. Rev.* 399, 404.

2. Основные принципы судебного процесса

В Австралии широко распространены два вида судебного разбирательства:

1. При рассмотрении группового иска участники группы могут воспользоваться своим правом процессуального выбора участия в судебном разбирательстве по групповому иску (*opt-in*) или выхода из состава группы (*opt-out*). Это принято в Федеральном суде¹ и в верховных судах штатов Новый Южный Уэльс² и Виктория³.

2. Судебные процессы с участием представителей могут проводиться в верховных судах других штатов⁴. Хотя в этих процессах рассматривается соединение исков на основании «схожих интересов», они отличаются от групповых исков тем, что судебное разбирательство или урегулирование не связывает всех истцов с одинаковыми требованиями.

Из-за того, что общности требований в процессах по негрупповым искам дается узкое толкование, большинство коллективных судебных разбирательств в Австралии иницируются как процессы по групповым искам, поэтому в нашем докладе мы сосредоточим внимание именно на них.

3. Представительство

По аналогии с США групповые иски в Австралии находятся под контролем адвокатских фирм, специализирующихся в этой области. Однако в Австралии всего несколько адвокатских фирм имеют ресурсы и опыт, необходимые, чтобы взять на себя обязательства и справиться с крупномасштабными групповыми тяжбами⁵. Практическое изучение групповых исков в Австралии с 1992 по 2009 г. показало, что около 33,9% всех дел, находившихся в юрисдикции Федерального суда, были поданы от двух адвокатских фирм — *Maurice Blackburn* и *Slater & Gordon*. Упомянутые адвокатские фирмы вели более 10 дел с участием представителей истцов. Все остальные 95 правосубъектов — это либо частные адвокатские фирмы, либо независимые адвокаты, представлявшие членов группы⁶.

Для того чтобы инициировать судебный процесс, адвокатской фирме должны поручить ведение дела не менее чем семь представителей группы⁷. Адвокат группы обязан действовать честно и грамотно в интересах всей группы, хотя ведение дела ему поручено представителями группы⁸. Следовательно, в случае, если между

¹ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), Part IVA (Part IV).

² *Civil Procedure Act 2005* (NSW), Part 10 (Part 10).

³ *Supreme Court Act 1986* (Vic), Part 4A (Part 4A).

⁴ Например, *South Australia Supreme Court Rules 2006*, R 80; *Queensland Uniform Civil Procedure Rules 1999*, R 75; *Western Australia Rules of the Supreme Court 1971*, O 18 r 12.

⁵ Vicki Waye, Vince Morabito, *The Dawning of the Age of the Litigation Entrepreneur* // (2009) 28 *Civil Justice Quarterly* 389, 425.

⁶ Vince Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, First Report: Class Action Facts and Figures*, 2009, p. 28.

⁷ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), s 33C (1) (a); *Supreme Court Act 1986* (Vic), s 33C (1) (a); *Civil Procedure Act 2005* (NSW), s 157 (1) (a).

⁸ *Petrusevski v. Bulldogs Rugby League Club Ltd* [2003] FCA 1056 at [7]; *King v. AG Australia Holdings Ltd (formerly GIO Australia Holdings Ltd)* (2002) 121 FCR 480, 488 — 489; *Courtney v. Medtel Pty Ltd* (2002) 122 FCR 168, 182 и 184—185; *Mc Mullin v. ICI Australia Operations Pty Ltd* [1997] 1426 FCA at [3].

членами группы или членами группы и адвокатской фирмой возникает конфликт интересов, например, представитель истца всеми способами пытается ограничить количество участников группового иска, то адвокатская фирма должна принять соответствующие меры, чтобы устранить разногласия.

Профессор Морабито в своей работе отмечает, что феномен группового иска в Австралии очень распространен¹. Согласно ему, около половины исков, находящиеся в юрисдикции Федерального суда Австралии, похожи². Проанализировав ситуацию, Морабито выяснил, что около $\frac{1}{3}$ всех дел в период с 1992 по 2009 г. были возбуждены различными адвокатскими фирмами³.

В деле *Kirby v. Centro Properties*⁴ были использованы разные способы участия в судебных разбирательствах по групповому иску, включая приостановление или прекращение судопроизводства, объединение исков, совместное рассмотрение нескольких дел и аукционы. В данном случае суд постановил, чтобы был сформирован специальной комитет по судебным спорам, который, в свою очередь, смог бы определить, каковы интересы группы истцов. С тех пор слушания по групповым делам ведутся вместе.

Представителями истцов обычно выступают различные корпорации, частные лица, профсоюзы, объединенные ассоциации и городские советы⁵. Согласно минимальным требованиям, для того, чтобы создать группу, необязательно должно быть полное соответствие между представителями истца и членами группы. Пока будут вестись споры по правовым вопросам и приводиться доказательства, этого будет достаточно, чтобы собрать группу, которую вправе представлять номинальные истцы⁶. При этом каждый представитель истца и каждый член группы должен подать иск против каждого из ответчиков⁷.

Правовое регулирование в Австралии в отношении истцов-представителей минимальное, хотя и требует от них предъявление собственного иска к ответчику⁸. И поэтому неудивительно, что представители истцов зачастую не входят в категорию доверенных лиц⁹, а с членами группы больше взаимодействуют адво-

¹ Vince Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives*, 2010, p. 21sq.

² Ibid., p. 22.

³ Ibidem.

⁴ (2008) 253 ALR 65.

⁵ Vince Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives*, 2010, p. 45.

⁶ Например, *Williams v. FAI Home Security Pty Ltd (No 2)* [2000] FCA 726 at [12]; *Rod Investments (Vic) Pty Ltd v. Clark (No 2)* [2006] VSC 342 at [53]; *Woodcroft-Brown v. Timbercorp Securities Ltd (in liq)* [2010] VSC 68 at [14–17].

⁷ *Philip Morris (Australia) Ltd v. Nixon* (2000) 170 ALR 487. Впрочем, в деле *Bray v. F Hoffman-La Roche Ltd* (2003) 200 ALR 607 большинство судей полного состава Федерального суда заявили (между прочим) (at 630–631, [122]–[130] per Carr J and at 657–659, [246]–[248] per Finkelstein J), что они считают решение по делу *Philip Morris* с этой точки зрения неверным. Тем не менее решению по делу *Philip Morris* суд следовал при рассмотрении других дел, например: *Cook v. Pasmenco* [2000] VSC 534; *Johnstone v. HII Insurance Ltd* [2004] FCA 190 at [38] *Rod Investments (Vic) Pty Ltd v. Clark (No 2)* [2006] VSC 342 и *Kirby v. Centro Properties Ltd* (2010) 275 ALR 208.

⁸ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), s 33D; *Supreme Court Act 1986* (Vic), s 33D; *Civil Procedure Act 2005* (NSW), s 158.

⁹ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), s 33E; *Supreme Court Act 1986* (Vic), s 33E; *Civil Procedure Act 2005* (NSW), s 159.

каты. В результате некоторые толкователи закона поставили под сомнения вопрос о необходимости истцов-представителей¹. Но даже в этом случае прослеживается наличие некоего согласия между представителями и членами группы, например, суд вправе отстранить представителя, если станет известно, что он представляет интересы группы недостаточно добросовестно и адекватно², или сами участники группы могут выйти из нее³, если они не удовлетворены тем, как представители и адвокаты ведут их дело.

В большей мере в Австралии групповые дела ведут неправительственные организации, но есть и важные исключения. Основными регулирующими органами являются Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав потребителей (ACCC) и Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям (ASIC). В компетенцию Австралийской комиссии по вопросам конкуренции и защите прав потребителей входит поощрение конкуренции и честной торговли. А Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям играет ту же роль, только в сфере акционерных обществ Австралии, рынков и финансовых услуг⁴. Обе комиссии наделены полномочиями вести дела от имени лиц, которым был нанесен ущерб вследствие нарушения закона в сфере, которую они регулируют, при условии, что дело имеет общественный интерес и сторона, от имени которой действует соответствующая комиссия, предоставляет письменное согласие⁵.

Принимая во внимание то, что рассмотрение дела в индивидуальном порядке по личному иску требует много времени и средств, было решено разрешить регулирующим органам Австралии выступать в суде от имени группы лиц⁶. Однако это редко применяется⁷. В своей работе профессор Морабито выяснил, что в 15 случаях из 241 иски в Федеральный суд Австралии предъявляли Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав потребителей (6) и Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям (9)⁸. Обе структуры не желали вмешиваться в судебные процессы, которые являлись коммерческими по своему характеру и где стороны, представляемые частными лицами, могли лучше определить издержки и выгоды судебного процесса⁹.

Однако с 2010 г. оба регулятора стали играть более важную роль в защите прав потребителя, так как теперь они могли действовать от лица потребителей самостоятельно. Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав

¹ Damian Grave, Ken Adams, *Class Actions in Australia*, 2005, p. 131–132.

² *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), s 33T; *Supreme Court Act 1986* (Vic), s 33T; *Civil Procedure Act 2005* (NSW), s 171.

³ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth), s s33J; *Supreme Court Act 1986* (Vic), s s33J; *Civil Procedure Act 2005* (NSW), s 162.

⁴ *Australian Securities and Investment Commission Act 2001* (Cth), s 1 (2).

⁵ См. *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), s 87 (1B); *Australian Securities and Investment Commission Act 2001* (Cth), s 50.

⁶ *Australian Securities Commission v. Deloitte Touche Tohmatsu* (1996) 70 FCR 93, 115; *Somerville v. Australian Securities Commission* (1995) 60 FCR 319, 324.

⁷ Janet Austin, *Does the Westpoint Litigation Signal a Revival of the ASIC s 50 Class Action* // (2008) 22 *Australian Journal of Corporate Law* 8.

⁸ V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, First Report: Class Action Facts and Figures* (2009) at 28.

⁹ *ASIC Regulatory Guide 4, Intervention*, 4.4.

потребителей и Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям теперь могут добиться от ответчика, который предоставляет незаконные услуги, заключает контракты с заведомо ложной информацией с целью обмануть потребителя, полного возмещения ущерба по предъявленным потребителем искам¹. В отличие от общих полномочий, предоставляемых в силу закона, возбуждать судебное разбирательство по групповому иску, теперь не требуется, чтобы Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав потребителей и Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям получали письменное согласие физических лиц, в отношении которых был нарушен закон, действовать от их имени. Властью, данной государством, австралийские суды имеют право издавать следующие приказы: признавать условия заключенного контракта или весь контракт недействительным, менять условия стандартного типового договора, обязывать возмещать или возвращать имущество, предписывать исполнение предоставляемых компанией услуг. Эти приказы также касаются потребителей, которые добились возмещения вреда по индивидуальным искам от ответчиков.

Средства судебной защиты не включают возмещения ущерба или убытков. И пока Объяснительный меморандум, сопровождающий Законопроект о полномочиях², не даст пояснение, исключения могут быть допущены только на основании Конституции Австралии. В деле *Georgiadis v. Australian and Overseas Telecommunications Corporation*³ Высший суд постановил, что иск о возмещении убытков составляет право собственности, погашение которого защищено ст. 51 (xxxi) Конституции Австралии. Статья 51 (xxxi) запрещает присвоение чужой частной собственности, за исключением случаев, когда это происходит на законных основаниях.

Другими словами, это нововведение обеспечивает правовую защиту даже тех, кто по закону не имеет на это право. Это было сделано, потому что экономическое стимулирование при возбуждении дел по групповым искам зачастую отсутствует. Другое объяснение соответствует тому, что Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям вправе взыскать компенсацию в пользу физических лиц, чьи права были ущемлены, без их согласия, в качестве дополнения к ее компетенции накладывать гражданско-правовые взыскания⁴, а также добиваться компенсации от лица потребителей как части функции принудительного применения правовых норм.

Меры, осуществляемые в принудительном порядке, лежат в рамках полномочий обоих регуляторов, что может привести к наложению других форм взысканий⁵. Кроме того, регулирующие органы вправе публиковать официальные уведомительные извещения⁶ и составлять протоколы о правонарушениях⁷.

¹ *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), Sch 2 Part 5-2 s 239; *Australian Securities and Investment Commission Act 2001* (Cth), s 12GNB.

² *Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law Bill 2009, Ch 7.*

³ (1993) 179 CLR 297.

⁴ *Corporations Act 2001* (Cth), ss 1317H & 1317HA.

⁵ *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), s 87B; *Australian Securities and Investment Commission Act 2001* (Cth), s 93AA.

⁶ *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), s 51ADA; *Australian Securities and Investment Commission Act 2001* (Cth), s 12GLC.

⁷ *Corporations Act 2001* (Cth), s 1317DAC; *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), s 134A.

Полномочия, которыми наделены регулирующие органы, не являются по своей сути судебными. Но при этом важно понимать, как эти полномочия могут дополнить или взаимодействовать с полномочиями суда в ходе разбирательства по групповым искам. Инициированные частными лицами судебные процессы по групповым искам с целью получения компенсации на основании фактов, полученных регулирующим органом, могут следовать за регуляторными мерами или идти параллельно с ними. Чтобы наглядно показать взаимодействие регуляторов с адвокатскими фирмами, «инвесторами» судебного процесса, мы приведем три примера.

а) правовой спор в отношении компании *Multiplex*

В феврале 2005 г. Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям начала рассмотрение дела, в котором международная строительная компания *Multiplex* нарушила правила Австралийской фондовой биржи. Компания обвинялась в нарушении правил допуска к листингу, в незаконном заключении контракта вследствие предоставления ложных сведений о стоимости товара, задержку в его поставке, что задержало строительство стадиона в г. Уэмбли и другие проекты компании *Multiplex*. В декабре 2006 г. расследование было завершено, и суд принял постановление о взыскании с компании *Multiplex* в принудительном порядке компенсационного фонда в размере 32 млн дол. Компания также взяла на себя обязательство организовать независимую комиссию с целью проверки порядка распространения информации о компании и ее деятельности, обещая при этом учесть все замечания комиссии.

Примерно в то же время, когда Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям добивалась принудительных мер, дело против той же компании *Multiplex* инициировала юридическая фирма *Maurice Blackburn*. Иск был подан от имени 120 инвесторов (а также нескольких крупных учреждений), которые решили выйти из процесса *ASIC*. Средства на рассмотрение дела были выделены сингапурской компанией *International Litigation Funding Partners (ILF)*, «инвестором» судебных процессов. Заключение соглашения с *ILF* было непременным условием для членов группового иска.

В ходе дела были предприняты некоторые дополнительные действия, дорогостоящие и кропотливые по своему характеру. Так, например, решался вопрос о предоставлении истцам доступа к архиву Австралийской комиссии по ценным бумагам и инвестициям с целью его использования. Первоначально комиссия успешно отклоняла эти требования, аргументируя свои действия тем, что открытый доступ к сведениям может открыть имена информаторов и препятствовать дальнейшим расследованиям¹. Однако этот вопрос был заново вынесен на обсуждение, когда был представлен новый материал о том, что имена этих людей уже были раскрыты в телевизионной информационной программе². Обсуждались и другие вопросы по этому делу, такие, как: обосновано ли требование заключить договор о финансировании в качестве условия вхождения в группу³; должно ли соглашение

¹ *ASIC v. P Dawson Nominees Pty Ltd* [2008] FCAFC 123.

² *P Dawson Nominees Pty Ltd v. Australian Securities and Investments Commission (No 2)* [2009] FCA 413; *P Dawson Nominees Pty Ltd v. Australian Securities and Investments Commission (No 3)* [2009] FCA 779.

³ *Multiplex Funds Management Ltd v. P Dawson Nominees Pty Ltd* (2007) 164 FCR 275.

об инвестировании подчиняться условиям австралийской системы управляемого инвестирования¹; попадает ли дело в разряд групповых исков *ASIC*, к которым не применяются условия системы управляемого инвестирования², и нужно ли платить компенсацию за дополнительные иски.

Спустя три с половиной года дело было урегулировано за 110 млн дол., включая 11 млн дол., которые составили судебные издержки, и 35 млн премиальных судебному инвестору³. Одобрение суда по урегулированию данного дела было получено в сентябре⁴.

По словам главы фирмы *Maurice Blackburn*, сумма возмещения для инвесторов, которого удалось добиться фирме, была в 20 раз больше, чем та, которую они получили бы, если бы приняли условия Австралийской комиссии по ценным бумагам и инвестициям по урегулированию этого дела⁵. Суд рассчитал, что сумма могла бы составить приблизительно в 62 цента на каждый доллар суммы, которую фирма *Maurice Blackburn* сочла достаточно приемлемой для урегулирования этого дела⁶ и которую суд назвал «значительной».

б) дело в отношении компаний *Amcors* и *Visy*

Компании *Amcors* и *Visy* являются крупнейшими в Австралии производителями упаковки из фиброволокна. С января 2000 г. по октябрь 2004 г. компании незаконно фиксировали цены и заключили соглашения о разделе рынка. Это привело к значительному ослаблению рыночной конкуренции, что является незаконным в соответствии со ст. 45 Закона «О торговле» (*Trade Practices Act*) (1974). В конце 2004 г. *Amcors* решила прервать соглашение и доложила о сложившейся ситуации в Австралийскую комиссию по вопросам конкуренции и защите прав потребителей. В обмен на сотрудничество компания *Amcors* и ее сотрудники смогли получить иммунитет.

21 декабря 2005 г. Австралийская комиссия по конкуренции и защите прав потребителей начала рассмотрение ходатайства о взыскании денежного штрафа с компании *Visy*. Следующие два года *Visy* вела переговоры с комиссией. В конце концов дело было улажено, и компании пришлось выплатить штраф в размере 36 млн дол., который был назначен Федеральным судом Австралии в ноябре 2007 г.⁷

Тем временем в апреле 2006 г. был подан представительский иск против компании *Amcors* адвокатской фирмой *Maurice Blackburn* от имени большого числа бизнесменов, которые закупали картонную упаковку *Amcors* и *Visy* в течение пяти лет, с 2000 по 2005 г. Впоследствии компания *Amcors* присоединилась к *Visy* в качестве третьей стороны. В ходе разбирательства никакие финансовые фонды не были привлечены.

Истцы множество раз пытались использовать протоколы Австралийской комиссии по вопросам конкуренции и защите прав потребителей более эффективно. Они предприняли неудачную попытку получить доступ к записям и метаданным, которые *Amcors* и *Visy* предоставили Австралийской комиссии по вопросам конку-

¹ *Brookfield Multiplex Ltd v. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* (2009) 180 FCR 11.

² *Brookfield Multiplex Ltd v. International Litigation Funding Partners Pte Ltd* (No. 2) (2009) 76 ACSR 323.

³ Ben Butler, *ASIC attacked on Multiplex deal* // *The Age Newspaper*, July 22, 2010.

⁴ *P Dawson Nominees Pty Ltd v. Brookfield Multiplex Ltd* (No. 4) [2010] FCA 1029.

⁵ Ben Butler, *ASIC attacked on Multiplex deal* // *The Age Newspaper*, July 22, 2010.

⁶ *P Dawson Nominees Pty Ltd v. Brookfield Multiplex Ltd* (No. 4) [2010] FCA 1029 at [22].

⁷ *ACCC v. Visy Industry Holdings Pty Ltd & Ors* (No. 3) (2007) 244 ALR 673.

ренции и защите прав потребителей в ходе расследования и переговоров¹. Позднее им удалось получить доступ к документам ответчиков в отношении расследования комиссии². Истцы также предпринимали попытку получить доступ к документам, которые касались расследований и свидетельских показаний³.

Несмотря на выплаченный ранее штраф, исход судебного разбирательства «горячо оспаривался»⁴, особенно из-за того, что это касалось влияния картельного соглашения на рынок. Вопросы, касающиеся размера выплаты штрафа, также были актуальны.

В конечном счете дело было урегулировано за 95 млн дол. Плюс 25 млн выплаты фирме *Maurice Blackburn* на покрытие расходов и издержек по этому делу. Из общей суммы в 120 млн дол. компания *Amtcor* выплатила 80 млн, а *Visy* 40 млн. Учитывая всю сложность рассматриваемого дела, суд посчитал, что урегулирование было достаточно честным и разумным.

с) Дело *Opes Prime*

Инвесторы брали деньги займы у компании *Opes Prime*, которая предоставляет кредиты ценными бумагами и одновременно является фондовой биржей. Когда инвесторы получили ссуду, она была обеспечена их акциями в компании *Opes Prime*, которая, в свою очередь, предоставила эти акции в обеспечение своим главным инвесторам, *ANZ Bank* и *Merrill Lynch*. Многие инвесторы значительно переплатили, так как стоимость ценных бумаг превышала те наличные деньги, которые они получили займы. Они также не знали того, что потеряли проценты со своих акций, когда заключили соглашение с *Opes Prime*⁵.

Opes Prime потерпела крах в марте 2008 г., были назначены управляющий и ликвидатор. Используя свои права кредиторов по обеспеченному долгу, *ANZ Bank* и *Merrill Lynch* получили и продали ту долю ценных бумаг, которая была залоговым обеспечением, оставив тем самым инвесторов с большими потерями.

В соответствии с Законом о корпорациях (2001), Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям начала свое расследование. Компания *Opes Prime* обвинялась в нарушении договора и в противозаконных махинациях с фондовым инвестированием. Расследование, проводимое комиссией, также коснулось *ANZ Bank* и *Merrill Lynch*, которые оказались соучастниками в противозаконных махинациях фондового инвестирования и в неисполнении директорами *Opes Prime* своих обязанностей.

В мае 2008 г. австралийская адвокатская фирма *Slater & Gordon* подала групповой иск от лица 50 инвесторов против компаний *Opes Prime*, *ANZ Bank* и *Merrill Lynch*. Процесс финансировала компания *Commonwealth Litigation Funding*, судебный инвестор, штаб-квартира которой располагается в США. Компании обвинялись в том, что они обманным путем управляли и распоряжались ценными бумагами и фондовым кредитованием.

¹ *Jarra Creek Central Packing Shed Pty Ltd v. Amtcor* [2006] FCA 1802.

² *Jarra Creek Central Packing Shed Pty Ltd v. Amtcor* [2007] FCA 1559.

³ *Jarra Creek Central Packing Shed Pty Ltd v. Amtcor* [2008] FCA 391; [2008] FCA 554.

⁴ *Jarra Creek Central Packing Shed Pty Ltd v. Amtcor* [2011] FCA 671 at [6].

⁵ См., например, *Beaconwood Securities Pty Ltd v. Australian and New Zealand Banking Group Ltd* (2008) 246 ALR 361.

Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям выступала в качестве посредника между *Commonwealth Litigation Funding*, *ANZ Bank* и *Merrill Lynch*, а также являлась ликвидатором компании *Opes Prime* с целью добиться урегулирования всех претензий. Кончилось все тем, что *ANZ Bank* и *Merrill Lynch* должны были выплатить ликвидаторам *Opes Prime* 226 млн дол. Принимая условия такой сделки, ликвидаторы и кредиторы освободили *ANZ Bank* и *Merrill Lynch* от дальнейших судебных разбирательств¹. По этой схеме кредиторы должны были вернуть себе по 37 центов с доллара.

Впоследствии на основании несоблюдения их должностных обязанностей директора *Opes Prime* были подвергнуты тюремному заключению².

Профессор Морабито утверждает, что судебные дела, которые рассматриваются в индивидуальном порядке, приводят к значительным операционным издержкам, которые составляют вознаграждение за предоставляемые судебные услуги и гонорар судебным инвесторам³.

Однако, несмотря на содержательный доклад о доступе к системе правосудия Австралии в 2009 г.⁴, на сегодняшний день недостаточно обсуждаются вопросы о политике Австралии по установлению баланса между публичными и частными судебными процессами по групповым искам. Не удалось также найти равновесие между мерами регулирования гражданских процессов и порядком несудебного разрешения споров, как это принято *DG SANCO* в Европе и Министерством юстиции в Великобритании⁵. Австралия не спешит рассматривать групповые иски в более широких рамках коллективных регрессных исков⁶, продолжая защиту частных и публичных интересов в меньших масштабах урегулирования споров.

4. Финансирование судебных процессов по групповым искам

Австралия разработала уникальные способы распределения расходов и рисков, связанных с выработкой плана защиты в суде, без которого сейчас было бы гораздо меньше групповых исков, направленных на защиту собственных интересов истца.

Согласно решению Высокого суда Австралии по делу *Campbells Cash & Carry Ltd v. FostifPty Ltd* было установлено, что участие и контроль финансистов в судебном процессе по групповым искам не является процессуальным злоупотреблением. С тех пор групповые иски в Австралии финансируются за счет условного вознаграждения адвокату в случае выигрыша дела или совместно за счет «гонорара успеха» и финансирования процессов.

¹ *Fowler v. Lindholm: In Re Opes Prime Stockbroking Ltd* (2009) 178 FCR 563.

² ASIC Media Release 11-150 *Opes Prime directors jailed* (27th July 2011).

³ V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives*, 2010.

⁴ Australia, Access to Justice Taskforce, *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil System* (2009).

⁵ United Kingdom, Ministry of Justice, *The Government's Response to the Civil Justice Council's Report: Improving Access to Justice through Collective Actions* (July 2009).

⁶ Australia, Access to Justice Taskforce, *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil System* (2009, Recommendation 8.11).

⁷ (2006) 229 CLR 386.

В 90-е гг. по всей Австралии были введены условные вознаграждения адвокату в случае выигрыша дела как средство обеспечения доступа к правосудию в отношении не склонных к риску истцов, которые были отстранены от ведения дела на основании Правил по распределению судебных расходов¹. Условные вознаграждения адвокату, или, в разговорном варианте, соглашения «нет выигрыша, нет гонорара» (*no win no free agreements*), в случае успешного завершения дела позволяют адвокату повысить установленное вознаграждение на 25–50%. Если дело проиграно, податель иска не отвечает за гонорар адвоката, но это не снимает с него/нее ответственности за возмещение расходов противной стороне.

Объем финансирования групповых процессов в Австралии определяется в зависимости от размера искового требования, что составляет в процентном отношении около 30%². Финансирование может принимать следующие формы: (1) финансирование всех судебных расходов и предоставление гарантии возмещения расходов противной стороне; (2) частичное финансирование судебных расходов плюс предоставление гарантии возмещения расходов противной стороне; (3) привлечение средств к финансовому возмещению³. Несмотря на свою дороговизну, финансирование групповых процессов обеспечивает большую защиту истца от рисков по сравнению с только одним условным вознаграждением адвокату в случае выигрыша дела. Многие корпорации, выступающие в качестве ответчика, недооценивают роль финансирования судебных процессов, которое в дальнейшем предоставляет гарантию от расходов, связанных с оспариванием претензий.

Финансирование групповых процессов, в том числе условное вознаграждение адвокату в случае выигрыша дела, было закреплено решением Федерального суда по делу *Multiplex Funds Management Ltd v. P Dawson Nominees Pty Ltd*⁴, подтверждающим законность классового критерия групповых исков с занесением соответствующих поправок в порядок финансирования групповых процессов. Закрытием доступа к группе любителей поживиться за чужой счет была решена задача по привлечению достаточной критической массы подателей иска для достижения соглашения о финансировании и соглашения о получении условного вознаграждения.

Несмотря на постепенное слияние соглашений об условном вознаграждении, финансировании процессов по групповым искам и концепции закрытых групп, большая поддержка оказывается частным групповым процессам. Существует ряд причин, почему так произошло именно в Австралии, но это не означает, что такое решение проблем не подойдет для юрисдикций других стран. Поначалу условное вознаграждение адвокату в случае выигрыша дела было запрещено во всех австралийских штатах. Хотя адвокатам и разрешается получать высокие гонорары, эти гонорары не являются достаточной гарантией защиты от рисков при проведении судебных разбирательств по групповым процессам. Кроме того, расходы на адвоката подлежат возмещению, и соответственно гонорар не соотносится со стоимостью проведения судебных процессов, которые могут быть долгими и в то же время

¹ V. Morabito, *Contingency Fee Agreements with Represented Persons in Class Actions – An Undesirable Australian Phenomenon* // (2005) 34 *Common Law World Review* 201.

² V. Morabito, *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Second Report: Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives*, 2010, at 38–39.

³ Ibidem.

⁴ (2007) 164 FCR 275 at [141]–[142].

дорогостоящими¹. Для успешного существования у австралийских юридических фирм, специализирующихся на групповых процессах, есть возможность получения финансирования только через фондовые рынки. Инвесторы в судопроизводстве по групповым искам ищут средства, чтобы «перехватить» эти рынки.

Развитие финансирования групповых процессов совпало с изменениями в области социологии права и регламентации деятельности юристов в Австралии, происходившими ранее, чем в других странах общего права². Хотя исторически адвокаты могли осуществлять свою деятельность только индивидуально или в партнерстве, начало XXI в. ознаменовало полное снятие ограничений в системе адвокатской практики, включая предоставление междисциплинарных адвокатских услуг, а также возможности стать партнерами юридических фирм неюристам³. *Slater & Gordon* — одна из двух самых крупных юридических фирм Австралии по групповым процессам, была зарегистрирована первой в мире на Австралийской бирже ценных бумаг⁴. Таким образом, Австралия в своем роде положила начало преобразованию юридических фирм в относительно независимые от основных фондов субъекты систем управления предпринимательской деятельности, более подверженные влиянию рыночных сил. Предоставление доступа к фондовым рынкам как расширение юридической практики согласовывается с доступом фондовых рынков к порядку судебного разбирательства.

Изменения в области социологии юридических фирм были сопряжены с активизацией процесса регулирования корпоративного управления, с новыми основаниями для возбуждения исков, направленных на взыскание убытков, с расширенным правом собственности аукционеров и с развитием права на получение денежных компенсаций инвестиционных потерь⁵. Повышение спроса на предоставление судебной защиты в групповых процессах повлекло, в свою очередь, увеличение спроса на их финансирование.

И наконец, еще до принятия участия в групповых исках австралийская индустрия финансирования судебных процессов успешно зарекомендовала себя в сфере несостоятельности должников без потребительских проблем на рынке субстандартных кредитов в США и на рынке управления претензиями в Великобритании⁶. Своевременное получение финансирования судебных процессов по несостоятельности и другим коммерческим вопросам подготовило почву для финансирования групповых процессов, хотя в них и не рассматривается возмещение личного ущерба.

Тем не менее существовала обеспокоенность относительно роста финансирования судебных процессов, в особенности групповых исков по ценным бумагам⁷.

¹ Greg Houston, Svetlana Starykh, Astrid Dahl, Shane Anderson, *Trends in Australian Securities Class Action: 1 January 1993 — 31 December 2009*, at 2.

² О природе этих изменений в общем виде см.: Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* (2010).

³ Steven Mark, *Tahlia Gordon, Innovations in Regulation — Responding to a Changing Legal Services Market* // (2009) 22 *Geo J. Legal Ethics* 501.

⁴ *Ibid.*, at 515.

⁵ Michael Legg, *Shareholder Class Actions in Australia — The Perfect Storm* // (2008) 31 *UNSWLJ* 669, 671674; Peta Spender, *After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding* (2008) 18 *JJA* 101, 102.

⁶ Vicki Waye, *Trading in Legal Claims: Law, Policy & Future Directions in Australia, UK & US*, 2008.

⁷ См., например: Kathy Merrick, *The Multiplex class action settlement — best and fairest outcome or is there room for improvement?* // (2010) 62 (9) *Keeping Good Companies* 542; Hon PA Keane, *Access to Justice and other Shibboleths* (JCA Colloquium in Melbourne, 10 October 2009); Spender above n 71.

Юридические фирмы и финансисты в судебном процессе обвинялись в использовании исков не для защиты интересов группы, а для получения собственной финансовой выгоды¹. Управление конфликтами интересов финансистов в судебном процессе, юридических фирм и держателей требований, а также соблюдение справедливости условий финансирования судебных процессов стали ключевыми вопросами групповых исков².

Пока не были разработаны новые положения об управлении конфликтами интересов³, несмотря на требования противников, правительство и Австралийская комиссия по ценным бумагам и инвестициям освободили финансистов в судебном процессе от регистрации групповых исков как управляемых форм инвестирования⁴, а также от необходимости получения лицензии⁵ Австралийской финансовой службы, предоставив право судебной защиты групповых исков юридическим фирмам и финансистам. Согласно первым проектам положений финансисты в судебном процессе освобождаются от лицензирования и регистрации своей коммерческой деятельности для определения потенциальных конфликтов интересов. Существуют письменные процедуры по разрешению конфликтов интересов, которые регулярно пересматриваются. Такое финансирование судебных процессов соответствует Закону «О конкуренции и защите потребителей» 2010 г. (*Competition and Consumer Act (Cth)*).

5. Доступные средства судебной защиты

Три системы групповых исков в Австралии предусматривают, что при установлении их предмета, судьи первой инстанции имеют право сделать следующее: (а) определить спорный вопрос права; (б) определить спорный вопрос факта; (в) сделать заявление об ответственности; (г) предоставить судебную помощь; (д) определить сумму возмещения убытков всем участникам группы или отдельным ее лицам в нормированном объеме или сумме, назначенной Судом; (е) определить общую сумму возмещения убытков в отношении отдельных лиц группы и (ж) принять другие постановления, которые суд считает справедливыми⁶.

Порядок принятия решений Судом о возмещении убытков требует осуществления выплат и распределения денежных средств уполномоченным участникам группы⁷. Пока не будет произведен достаточно точный расчет общей суммы убытков, на возмещение которых по решению суда имеют право участники группы, суд не может применять свою власть при «определении общей суммы возмещения убытков в отношении отдельных лиц группы»⁸. Примером применения такой судебной власти при возмещении ущерба на общую сумму может послужить дело

¹ См., например, особое мнение судей *Callinan* и *Heydon* в деле *Campbells Cash & Carry Ltd v. Fostif Pty Ltd* (2006) 229 CLR 386, 487 ff.

² Law Council of Australia, Position Paper, *Regulation of Litigation Funding in Australia* (2011).

³ ASIC Class Order [CO 10/333]. См. также Hon Chris Bowen, *Address to Shareholder Class Action Conference* (4 May 2010) Chris Bowen.net <www.chrisbowen.net>.

⁴ *Brookfield Multiplex Limited v. International Litigation Funding Partners Pte Ltd (No 3)* (2009) 256 ALR 427.

⁵ *International Litigation Partners Pte Ltd v. Chameleon Mining NL* (2011) 276 ALR 138.

⁶ Part IVA, s 33Z(1); Part 4A, s 33Z(1); также Part 10, s 177(1).

⁷ Part IVA, s 33Z(2); Part 4A, s 33Z(2); также Part 10, s 177(2).

⁸ Part IVA, s 33Z(3); Part 4A, s 33Z(3); также Part 10, s 177(3).

Австралийской комиссии по вопросам конкуренции и защите прав потребителей и *Golden Sphere International*¹. В этом федеральном групповом процессе три ответчика были обвинены в распространении схемы финансовой пирамиды по ст. 61 (2A) сейчас уже отмененного Закона «О торговле» (*Cth*) 1974 г. Австралийская комиссия по вопросам конкуренции и защите прав потребителей возбудила судебное разбирательство не только от своего имени, но и от имени тех лиц, которые участвовали в финансовой пирамиде. Комиссия требовала наложения судебного запрета на деятельность ответчиков. Она также требовала от имени участников группы деклараторное постановление, по которому лица, вложившие свои деньги в финансовую пирамиду, имели бы право получить их обратно. Комиссия предложила Дж. О'Лафлину свой расчет ущерба на сумму 50 дол. с одного участника группы, что составило бы общее возмещение ущерба в размере 600 000 дол. Судья же присудил 550 000 дол., прокомментировав это следующим образом.

Если ответчики посчитают сумму убытков чрезмерной, средства судебной защиты позволяют пересмотреть показания оппонирующей стороны; в этом случае у ответчиков есть преимущество, а именно владение информацией, которую они могут использовать для опровержения претензии заявителей. Но они этим не воспользовались².

Суд имеет право давать указания относительно: (а) порядка, согласно которому определяется размер ущерба участников группы, и (б) порядка, согласно которому рассматривается любой спор относительно размера ущерба участников группы³. Суд обеспечивает управление и распределение денежных средств, источниками которых являются выплата ответчиком фиксированной суммы денег или рассроченный платеж ответчика. Суд не только удовлетворяет иски участников группы, но и предоставляет им право на получение процентов от средств финансирования⁴.

В отличие от законодательных систем групповых исков в Канаде, три системы групповых исков в Австралии не дают право судьям первой инстанции выносить судебные постановления *cy-pres*⁵. Судебное постановление *ALRC* по групповым процессам от 1988 г. отражает следующее.

Судопроизводство по групповым процессам не направлено на наказание ответчика или ограничение деятельности ответчика в большей степени, чем это предусмотрено действующим законодательством. Любая выплата денежных средств ответчиком должна быть согласована с лицами, которые имеют право на ее получение. Если же это сделать невозможно, то тогда нет никаких оснований для конфискации остатка в пользу участников группы или включение его в консолидированный доход просто потому, что это судебное разбирательство – групповое. Для того чтобы расширить настоящие принципы компенсации потребуются определить полную ответственность ответчика даже при отсутствии получателя компенсации. Любое такое изменение будет касаться санкций и, соответственно, будет выходить за рамки реформы процессуального законодательства⁶.

¹ (1998) 83 FCR 424.

² (1998) 83 FCR 424, 428.

³ Part IVA, s 33Z(4); Part 4A, s 33Z(4); также Part 10, s 177(4).

⁴ Part IVA, s 33ZA(1); Part 4A, s 33ZA(1); также Part 10, s 178(1).

⁵ Блестящее исследование этой сложной области относительно недавно предпринято в работе: Rachael Mulheron, *The Modern Cy-pres Doctrine: Applications and Implications*, University College London Press, 2006.

⁶ ALRC 1988 Report, above n 1, para 239.

Вместо этого австралийские судьи первой инстанции могут вынести постановление о прекращении группового процесса в том случае, если сумма убытков участников группы, которая должна быть выплачена ответчиком, будет сочтена чрезмерной, учитывая расчет общей суммы убытков¹.

Другой подход был предложен Комиссией по правовой реформе штата Виктория в 2008 г. Он предполагал, что судьям будут даны специальные полномочия, чтобы обеспечить средства *су-pres* в случаях, если: (а) имело место доказанное нарушение закона; (б) лицо или группа лиц, нарушивших закон, получили финансовую или иную материальную выгоду в результате этого нарушения; (в) убытки, понесенные потерпевшей стороной возможно подсчитать; и (г) невозможно или экономически нецелесообразно установить лиц, потерпевших убытки и возместить им ущерб². Этот подход не был приведен в исполнение правительством штата Виктория, но был рекомендован правительством Нового Южного Уэльса в августе 2010 г., когда оно выказало намерение ввести законодательную систему групповых исков³, и впоследствии в октябре 2010 г., когда оно обнародовало проект закона о групповых исках⁴. Но вследствие давления со стороны крупнейших юридических компаний, финансовых групп и Общества юристов Нового Южного Уэльса программа, которая затем была представлена парламентом в ноябре 2010 г., уже не содержала подобных дополнений.

Практический эффект от недоступности подобной юридической защиты наглядно показан на примере четырех из пяти групповых исков против картелей, которые рассматривались в Федеральном суде. Первый успешный групповой иск против картелей в Австралии, так называемый витаминный иск, был подан совсем небольшой группой истцов, он слушался судьей Меркель из Федерального суда.

Производители, распространители и поставщики данных витаминов или смесей, или других оздоровительных или питательных продуктов, или еды, которая содержит витамины, и держатели домашнего скота, которые приобретали корм, содержащий витамины, предоставили этой группе истцов, по меньшей мере, 2000 дол. компенсации в отношении вышеуказанных продуктов⁵.

В трех последующих групповых исках в отношении картелей все представленные стороны ограничились теми истцами, сумма чьих приобретений вышеуказанных продуктов или услуг превысила следующие суммы в долларах: 100 000⁶, 20 000⁷, 50 000 и 10 000⁸.

¹ Part IVA, s 33M; Part 4A, s 33M; также Part 10, s 165.

² Victorian Law Reform Commission, *Civil Justice Review* (Report No. 14; 2008), 559–560 (recommendation 101).

³ New South Wales Attorney General, *NSW Set To Reform Class Action Laws* (Media Release; 6 August 2010).

⁴ New South Wales Government, *Consultation Draft – Civil Procedure Amendment (Supreme Court Representative Proceedings) Bill 2010* (Discussion Paper; October 2010), 3.

⁵ *Bray v. F.Hoffman-La Roche Ltd* [2003] FCA 1505, [9].

⁶ Такой порог использован при расчетах в деле *Jarra Creek Central Packing Shed Pty Ltd v. Amcor Limited* NSD702/2006 (см. выше).

⁷ Такой порог использован при расчетах в деле *Auskay International Manufacturing & Trade Pty Ltd v. Qantas Airways Ltd* VID12/2007, групповой иск, затрагивающий картельные соглашения международных грузовых авиаперевозчиков.

⁸ Эти пороговые значения были задействованы в деле *Wright Rubber Products v. Bayer AG* VID882/2007.

6. Вмешательство суда

В докладе от 1988 г. Комиссия по правовой реформе Австралии отметила, что коллективные иски обладают рядом отличительных черт, которые вынуждают внести изменения в судебную систему. Вот некоторые из этих черт:

- Существование неназванных сторон, интересы которых необходимо защищать.
- Необходимость административного урегулирования для извещений и выплаты денежных компенсаций.
- Необходимость процедур для решения подгрупповых исков и личных вопросов.

Целью изменений в судебной системе является вынесение справедливого решения для обеих сторон настолько быстро и недорого, насколько это возможно. Свободный контроль сторон не способствует достижению этой цели, поскольку, во-первых, законные представители не имеют полномочий для составления плана ведения дела и, во-вторых, каждый действует в интересах своего клиента. В некоторых случаях интересы сторон могут быть удовлетворены с помощью задержек и процессуальных диспутов. В дальнейшем, без активного вмешательства суда, интересы неназванных сторон могут не быть приняты во внимание¹.

Эта философия опирается на каждую из трех существующих в стране систем групповых исков. В результате судьи, рассматривающие подобные дела, были наделены полномочиями по принятию любых решений, которые, по их мнению, необходимы или уместны для достижения справедливости в процессе². Извещения, которые необходимо послать участникам иска, должны быть одобрены судом³, и суд может установить подгруппу и назначить представителя этой подгруппы от имени ее участников в случае, если иск совпадает с жалобами лишь некоторых членов группы⁴.

Большее участие суда в коллективных исках в сравнении с обычными объясняется необходимостью судебного подтверждения для разрешения индивидуальной жалобы⁵ представителя коллективного иска и для урегулирования иска или прекращения процесса⁶. Важность коллективных исков, сложности, с ними сопряженные, и юридические наблюдения за их рассмотрением были описаны судьей Финкельштейном из Федерального суда Австралии:

«Моя первостепенная задача оценить, является ли достигнутое соглашение честным и разумным соглашением, заключенным от имени участников коллективного иска. Мне не очень важна позиция представителя группы, у которого в конце концов есть адвокаты и советники, чтобы указать, каким образом его интересы будут наиболее полно учитываться в ходе судебной тяжбы. У членов группы нет подобной защиты. Соответственно, задача суда по рассмотрению заявления по ст. 33V — это поистине трудная задача, особенно когда заявление не встречает сопротивления»⁷.

¹ ALRC 1988 Report, above No. 1, para 157.

² Part IVA, s 33ZF; Part 4A, s 33ZF; также Part 10, s 183.

³ Part IVA, s 33Y; Part 4A, s 33Y; также Part 10, s 176.

⁴ Part IVA, s 33Q; Part 4A, s 33Q; также Part 10, s 168.

⁵ Part IVA, s 33W; Part 4A, s 33W; также Part 10, s 174.

⁶ Part IVA, s 33V; Part 4A, s 33V; также Part 10, s 173.

⁷ *Lopez v. Star World Enterprises Pty Ltd* [1999] FCA 104, [15–16].

Было очень мало случаев, когда судьи отказывались признать мировые соглашения, достигнутые представителями группы и их оппонентами¹. Некоторые комментаторы утверждают, что несколько соглашений были одобрены в судебном порядке в тех случаях, когда их следовало отклонить². Тем не менее автор в своем втором труде по эмпирическому изучению федерального режима и режима штата Виктория не выявил никаких случаев «подкупных соглашений»³. Принимая во внимание то, что около половины австралийских федеральных коллективных исков были решены путем соглашения⁴, эффективность судебного контроля над групповыми исками, без сомнения, будет подвергнута тщательному изучению в будущем.

В отличие от системы групповых исков Северной Америки, эта система в Австралии не требует наличия сертификационных документов. Эту уникальную черту австралийской системы групповых исков принято относить к постановлению Комиссии по правовой реформе Австралии от 1988 г. Данная комиссия пристально изучила работу этой системы в Соединенных Штатах и в Квебеке – единственной канадской юрисдикции, в которой существовала четкая структура групповых исков в 1988 г., когда комиссия представила свой отчет. Выводы, сделанные на основании анализа этих систем, были следующие.

Первоначальное рассмотрение материалов дела, как правило, являлось более сложным и длительным, нежели непосредственно его слушание. Так как решение выносится по усмотрению суда, очень часты случаи подачи апелляций, которые приводят к задержке рассмотрения дела и дополнительным расходам. Эти траты напрасны и лишь препятствуют использованию данной процедуры. Нет необходимости оплачивать особые слушания, чтобы установить, что все требования соблюдены, так как у ответчика есть право в любое время оспорить законность любой процедуры⁵.

Законодатели, положившие начало правовым системам Австралии, Виктории и Нового Южного Уэльса, следуют этому постановлению. Тем не менее судья первой инстанции может закрыть дело по групповому иску (как по групповому иску) в том случае, если он принимает аргументы ответчика, и при условии, что не были удовлетворены три первоначальных условия, которые необходимо выполнить, чтобы воспользоваться групповым иском⁶. Эти три системы также позволяют судьям, наделенным широкими полномочиями, закрывать судебные процессы, которые ведутся с учетом первоначальных предпосылок. Кстати, эти полномочия по закрытию дел, в отличие от полномочий по изъятию лицензий в судах США и Канады, не зависят от факта выполнения первоначальных условий отсутствия. Вместо этого полномочия основаны на добавочном признаке, который наделяет

¹ См. в целом: V. Morabito, *An Australian Perspective on Class Action Settlements* // (2006) 69 *Modern L. Rev.* 347, 367–371.

² См., например: Marsha Jacobs, *Telstra Class Action Settled for Just \$5m* // *Australian Financial Review*, 13 November 2007, 3; Vince Morabito, *Judicial Responses to Class Action Settlements that Provide no Benefits to some Class Members* // (2006) 32 *Monash University L. Rev.* 75.

³ См., например: *In re General Motors Corp Pick-up Truck Fuel Tank Products Liability Litigation* 55 F3d 768 (3rd Cir 1995).

⁴ См.: V. Morabito, *Litigation Funders, Competing Class Actions, Opt Out Rates, Victorian Class Actions and Class Representatives* (Second Report; An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes; September 2010), 5.

⁵ ALRC 1988 Report, above n 1, para 146.

⁶ Part IVA, s 33C(1); Part 4A, s 33C(1); также Part 10, s 157(1).

суд крайне широкими полномочиями, в том числе возможностью закрыть дело по причине того, что, по мнению суда, дело, слушающееся как групповой иск, таковым не является¹.

К сожалению, желаемый сценарий — не тратить лишнее время и ресурсы на выяснение целесообразности применения схемы коллективного иска, который подтолкнул Комиссию по правовой реформе Австралии к отрицанию процедуры сертификации, не был достигнут. Во многих коллективных исках обвиняемые пытались убедить суд в том, что дело не должно слушаться как коллективный иск из-за несоответствия первоначальным требованиям или, по-другому, потому что суду удобно использовать свою возможность закрывать правильно оформленные групповые иски. Такая стратегия вкупе с трудностями в других аспектах групповых исков, таких как защита адвоката, изначально привела к нежелательному сценарию, который был описан судьей Финкельштейном, членом Федерального суда, следующим образом:

«Существует раздражающая тенденция, которая прослеживается в представительских процессах, которые наиболее успешно заканчиваются. Я говорю о многочисленных предварительных заявлениях (подаваемых обвиняемыми), в том числе предварительных апелляциях, которые возникают в подобных процессах. Этот случай является замечательным примером. Ответчик еще не представил ничего в свою защиту, хотя прошло не менее семи или восьми предварительных слушаний перед одним судьей, было подано одно заявление к пленарному заседанию суда и одна апелляция в Верховный суд. Я не удивлюсь, если текущие расходы истцов превышают 500 000 дол. Я промолчу о расходах ответчика. Это неприемлемая ситуация, долг суда предотвращать подобные случаи, насколько это возможно»².

Существование подобного сценария подтолкнуло некоторых комментаторов защищать использование сертификации³. Будет интересно увидеть, ухудшит ли ситуацию внедрение на федеральном уровне предварительных протоколов, принуждающих стороны к принятию реальных мер по разрешению спора, в том числе прибегая к альтернативным способам решения конфликтных ситуаций, или улучшит⁴.

7. Совместимость с групповыми исками американского типа

В мае 2010 г. австралийский министр по финансовым услугам, пенсии и корпоративному праву Крис Боуэн отметил, что «нет сомнений в том, что коллективные иски стали важной частью судебной системы Австралии»⁵. Учитывая, что коллективные иски американского типа присутствуют в австралийском «национальном» суде почти 20 лет, не представляется возможным оспорить справедливость замечания Боуэна. Министр также добавил, что «австралийское правительство видит

¹ Part IVA, s 33N(1)(d); Part 4A, s 33N(1)(d); также Part 10, s 166(1)(e).

² *Bright v. Femcare Ltd* (2002) 195 ALR 574, 607. См. также *Milfull v. Terranora Lakes Country Club Limited (In Liquidation)* [2004] FCA 1637, paras 1 and 17 (per Kiefel J).

³ См., например: Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford; Hart Publishing; 2004, 27–29. См. также *P Dawson Nominees Pty Ltd v. Multiplex Limited* [2007] FCA 1061, para. 18.

⁴ *Civil Dispute Resolution Act 2011* (Cth); Federal Court of Australia Practice Note CM 17.

⁵ The Hon Chris Bowen, *Address to Shareholder Class Action Conference* (Sydney; 4 May 2010), 2.

коллективные иски как важную составляющую пути к увеличению доступности правосудия для общества»¹. Эмпирическая информация, которая начинает проявляться в результате исследования, упомянутого выше, совпадает с мнением о том, что коллективные иски федерального уровня улучшили доступ к правосудию для австралийцев с законными жалобами. К примеру, с его помощью выяснилось, что более 14 000 рабочих имели право на возмещение в результате урегулирования благодаря групповым искам, поданным профсоюзами². Также оно отразило предел, до которого две главные австралийские регулирующие инстанции, ASIC и ACCC, применяют федеральную систему коллективных исков. В первые 17 лет существования федеральной системы в общей сложности девять групповых исков были поданы ASIC. Восемь из них были урегулированы выплатами компенсаций потерпевшим ущерб инвесторам в размере более чем 25,5 млн дол. В течение этого же срока шесть коллективных исков федерального уровня были поданы ACCC. Выше уже упоминался один из исков ACCC, *Golden Sphere*, где компенсация в 550 тыс. дол. была выплачена понесшим ущерб покупателям. В другом групповом иске ущерб в размере до 822 803 дол. был возмещен группе, представленной ACCC³.

Ада Гриновер (*Ada Grinover*)⁴

БРАЗИЛЬСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД⁵

I. Введение

Конституция Бразилии, принятая в 1988 г., рассматривает публичный групповой иск как процессуальный инструмент для судебных процессов, чтобы защитить недифференцированные и коллективные интересы, независимо от сути дела. Закон об общественном иске 1985 г. в 1990 г. расширил предметную область иска в соответствии с Конституцией и Кодексом о защите прав потребителя (1990), процессуальные нормы которого применяются к защите недифференцированных и коллективных интересов (неделимого характера) независимо от сути дела. Закон также признал категорию однородных личных интересов, которые соответствуют групповым искам о возмещении убытков в законодательстве Северной Америки. Возможность возбуждать иск предоставляется прокуратуре, адвокатуре, другим публично-правовым организациям, ассоциациям, но не отдельным лицам.

Таким образом, с помощью публичных групповых исков, которые могут быть предъявлены любым лицом, группа имеет право предъявлять претензии и защищать

¹ The Hon Chris Bowen, *Address to Shareholder Class Action Conference* (Sydney; 4 May 2010), 2.

² См. Jane Caruana, Vince Morabito, *Australian Unions — The Unknown Class Action Protagonists* // (2011) 30 *Civil Justice Quarterly*.

³ *Australian Competition and Consumer Commission v. Chats House Investment Pty Ltd* (1998) 83 FCR 424.

⁴ Профессор Университета Сан-Паулу (*University of São Paulo*) (Бразилия).

⁵ Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

их в суде, включая дела, связанные с областью культурных ценностей. В судебной практике имеется множество примеров судебных решений в области межкультурных конфликтов и культурного наследия, в которых группы выступают либо в качестве истцов, либо в качестве ответчиков.

II. Межкультурные конфликты

Наиболее ярким примером судебного процесса по групповым искам для разрешения межкультурного конфликта является процесс, где было принято неединодушное решение Верховного суда Бразилии по иску, предъявляемому любым лицом (Ходатайство 3388 штата Рорайма, Августо Афонсо Ботельо Нето, к которому присоединилось несколько индейских общин, судьей был Карлос Айрес Брито, как сообщает газета «Репортер».) Процесс проходил 29 марта 2009 г., и на нем решалась судьба отдельных участков территории, принадлежащей индейцам. Им дали право собственности и узупфрукт (*право пользования чужой собственностью и доходами от нее*) на огромную территорию под названием «Рапоза Сьерра-дель-Соль», где применялся принцип постоянного разграничения земли. Решение было основано на том, что земля индейцев является основной частью территории Бразилии, на разграничении земли индейцев как прогрессивном шаге в братском конституционализме, на времени проживания индейцев на этой земле, на традиционных границах проживания и на особенной модели разграничения земли индейцев.

Это решение давало следующие гарантии:

- согласно Конституции, узупфрукт на такие природные богатства, как почва, реки и озера, не должен пересекаться с интересами федерального правительства или национальной безопасности;
- узупфрукт не покрывает ни коммерческое исследование водных ресурсов и получение электроэнергии, ни разведку и добычу минеральных ресурсов;
- установка и использование военных баз, а также стратегическое расширение дорожных сетей и исследование альтернативных источников электроэнергии не будут зависеть ни от обсуждений с заинтересованными индейскими сообществами, ни от представляющей их государственной организации;
- узупфрукт не должен мешать федеральному правительству устанавливать объекты и коммуникации общественного пользования, особенно в целях здравоохранения и образования;
- Организация по защите территории, созданная Институтом по сохранению биологического разнообразия имени Чико Мендеса, должна управляться институтом при участии индейских общин, мнение которых должно быть принято во внимание;
- проезд и пребывание посетителей и ученых неиндейского происхождения будут разрешены согласно расписанию и условиям, установленным Институтом имени Чико Мендеса, и с них за это не будет взиматься плата. За пользование дорогами и объектами и коммуникациями общественного пользования также не будет взиматься плата;
- охота, рыболовство или выращивание сельскохозяйственных культур, так же как и любая другая сельскохозяйственная деятельность или исследование, запрещены для всех, кто не имеет ничего общего с индейскими группами.

Так получилось, что на огромной территории, упомянутой выше, в течение длительного времени выращивали сельскохозяйственные культуры, в основном рис. Владельцы или арендаторы сельскохозяйственных угодий, которые должны были быть выселены и вынуждены были потерять свой урожай, выступали с протестами против немедленного переселения и потребовали компенсацию у федерального правительства. Эти судебные дела, некоторые из которых инициированы даже целыми группами, все еще продолжаются.

Другие важные межкультурные конфликты возникли и до сих пор возникают по всей территории Бразилии между сельскими землевладельцами и самовольными переселенцами, которые являются членами так называемого движения безземельных сельских работников, занимающих плодородные сельскохозяйственные территории, часто прибегая к насилию. В результате некоторые лидеры этого движения были признаны виновными. Однако, что касается судебных процессов по групповым искам, то в этом случае владельческие иски подаются не против самовольных переселенцев, являющихся всего лишь безликой толпой, которую невозможно идентифицировать, а против движения. Это соответствует типичным примерам иска по защите групповых интересов в Северной Америке. Хотя движение не является юридическим лицом, суды Бразилии пришли к выводу, что есть соответствующие основания для возбуждения иска — в некоторых решениях их относили к «юридическим личностям», чтобы они могли появиться в качестве ответчика в суде, тем самым побуждая полицию вмешаться и выселить всех с этой территории. В законодательстве Бразилии есть множество примеров этих групповых исков от лица обвиняемых¹.

III. Защита культурного наследия

Есть бесчисленное количество судебных процессов по групповым искам, связанным с защитой культурного наследия, результатом которых часто является осуществление государственной политики.

Таким образом, Верховный суд (высший суд, ответственный за законность защиты) поддержал или изменил решения на апелляционном уровне через публичный гражданский иск, подготовленный Прокуратурой или Институтом исторического и культурного наследия (ИИKN), приказав убрать ограждение, воздвигнутое по приказу начальства вокруг жилых зданий охраняемой зоны г. Бразилиа. Эта зона охраняется ЮНЕСКО как объект мирового культурного наследия². Это и реставрация государством исторических памятников в Сьерра-до-Мар в штате Сан-Паулу³; содержание в хорошем состоянии хотя и не охраняемых исторических зданий в штате Минас-Жерайс⁴, а также дела по отчуждению имущества с целью проведения аграрной реформы в местечке под названием Калунга в штате Гояс, имеющем большое историческое значение и являющемся культурным наследием для людей

¹ Некоторые решения апелляционного суда: TJRS, AI n. 70.000.186.833, 4th Chamber, j. 12/29/1999; TJRS, AI n. 70005527601, 17th Chamber, j. 02/11/2003; TJMG, AI 436.616-9, 7th Chamber, j. 04/29/2004; TJRS, Appeal n. 70040817066, 20th Chamber, j. 07/06/2011.

² REsp. 840.918, j. on 10/14/2008.

³ Ag 1319279, DJU 08/10/2010.

⁴ Ag 125984, DJU 08/20/2010.

с черным цветом кожи¹; реставрация и сохранение федеральным правительством охраняемого здания (Складская компания в Сантосе) в штате Сан-Паулу²; доведение до разрушения здания исторической и культурной ценности, несмотря на тот факт, что оно находилось под охраной, в районе Маракату в штате Минас-Жерайс³.

IV. Ответы на вопросы основного докладчика

1. Цели

Преследуются те же цели, что и в групповых исках в Северной Америке. К ним следует еще добавить желание избежать конфликтных ситуаций, поскольку Бразилия не хочет следовать модели прецедента, имеющего обязательную силу в общем праве. Судебные процессы по групповым искам в Бразилии изменили представление о справедливости с индивидуальной модели на социальную модель. Защита прав в обеих системах, как в Северной Америке, так и в Бразилии, может различаться терминологией, но существенных различий в этих системах нет. Так называемые коллективные интересы в Бразилии ничем не отличаются от тех, которые защищаются в п. 23 (b) 1 и 23 (b) 2, а за одинаковые личные интересы соответствуют п. 23 (b) 3 ГПК.

2. Представительство

В Бразилии адекватность представительства для публичных гражданских исков устанавливается законом и определенными требованиями к возможности объединений подавать иски. Однако суды перестают оценивать адекватность представительства с помощью неких инструментов, как, например, так называемой тематической релевантности, и явно в групповых исках ответчика. В исках, предъявленных любым лицом, не учитывается адекватность представительства. Статуса гражданина достаточно для подачи иска. Причиной является тот факт, что, хотя этот иск представлен судебным процессом по групповому иску, это во многом означает контроль гражданина над «общественным делом».

3. Поиск средств и финансирование

Вознаграждение адвокатов не является проблемой в Бразилии, поскольку возможность подать публичный гражданский иск не предоставлена в индивидуальном порядке, а судебные процессы инициируются публично-правовыми организациями или ассоциациями, которых представляют в суде их собственные адвокаты. По закону ассоциации не должны оплачивать судебные издержки и услуги адвоката противоположной стороне, за исключением случаев недобросовестности.

4. Доступные средства судебной защиты

В Бразилии в публичных гражданских исках могут быть востребованы все виды обеспечения: решения (1) декларативного, устанавливающего и (2) обвинительного характера — как возмещение ущерба, так и судебный запрет. Цель иска, который может быть предъявлен любым лицом, — прекратить действие, приносящее вред; иск имеет обвинительный характер в обоих случаях, упомянутых выше.

¹ REsp. 1.046.178, j.12/16/2010.

² REsp. 1219753, DJU 05/11/2011.

³ REsp. 008924, DJU 06/26/2011.

5. Участие суда

Контроль над представительством сторон в судебных процессах по групповым искам, включая мировое соглашение, осуществляется Прокуратурой (автономным ведомством, независимым от правительства и законодательства), которая в случае, если истец не предстанет перед судом, будет действовать как представитель закона. Гражданский процессуальный кодекс, являющийся вспомогательным инструментом судебных процессов по групповым искам, предусматривает тяжелые наказания, к которым приговаривает судья в случае недобросовестности во время судебного процесса.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

Бразильская система судебных процессов по групповым искам следует своей собственной модели, за исключением взыскания в судебном порядке, заимствованного у групповых исков в Северной Америке. Система гражданских законов обычно не следует американской модели. Нет ни сертификации, ни раскрытия. Процесс подачи иска очень сильно отличается, а ассоциации играют важную роль в делах. Самое очевидное различие касается трактовки «принципа недопустимости повторного рассмотрения дела», учитывая, что принцип автоматического присоединения к процессу с возможностью отказа устраняется на основании Конституции (принцип недопустимости повторного рассмотрения дела не может причинить вреда никому, кто напрямую не был причастен к состязательному процессу). Преследуются те же цели, но достигаются они другим способом. Цели похожи, но модели различаются. Ни одна страна с гражданским правом не планирует копировать американскую модель групповых исков, и менее всего Бразилия.

Стефан Вот (*Stefaan Voet*)¹

БЕЛЬГИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Введение

С точки зрения действующего права — De lege lata

В Бельгии в настоящее время существуют два вида борьбы с многочисленными примерами причинения вреда или нанесения ущерба.

С одной стороны, бельгийский Судебный и Гражданский кодексы включают в себя методы, традиционно используемые в делах, где задействовано несколько сторон³. Соучастие позволяет включать несколько требований в одно исковое

¹ Преподаватель Гентского университета (*Ghent University*) (Бельгия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

³ Piet Taelman, Emilie De Baere, New Trends in Standing and Res Iudicata in Collective Suits (Belgium) // A.W. Jongbloed (ed.), *The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reports*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2008, at 6–13.

заявление в случае, если они связаны друг с другом¹. Иски являются связанными друг с другом, когда они рассматриваются вместе во избежание принятия неоднозначного решения. Третьи лица имеют право вступать в ожидающий решения процесс. Вступление в процесс может быть добровольным (при подаче заявления в суд) и принудительным (в случае вызова в суд). Судья не имеет права официально требовать вступления в процесс третьей стороны (см. ниже). Чаще всего имеет место представительство сторон, что позволяет физическому или юридическому лицу (представителю) представлять группу лиц, если он или она получили мандат (полномочие, доверенность) от каждого члена группы². Только те члены группы, кто предоставит мандат, могут быть представлены в суде.

С другой стороны, бельгийским законодательством были приняты особые акты, регулирующие групповые иски. Они имеют четыре общие характеристики: а) выполнение европейских директив³; б) только частные профессиональные и межпрофессиональные или государственные объединения (или организации), удовлетворяющие определенным правовым критериям (например, наличие правосубъектности в течение нескольких лет (чаще всего трех)), имеют процессуальную правоспособность; в) эти организации могут только принимать обеспечительные меры запретительного характера (т.е. прекращение незаконной практики) или превентивные меры; г) причина возбуждения судебного дела должна согласовываться (соотноситься) с установленной законом целью объединения (или организации). Отвечающие данным требованиям групповые иски предусмотрены для защиты интересов потребителей; борьбы с рекламой, вводящей в заблуждение; несправедливыми условиями контрактов и долгосрочных соглашений; задолженностями по потребительским кредитам; окружающей средой, дискриминацией и расизмом, нарушением авторского права.

В Бельгии традиционные процессуальные методы так же, как и групповые иски, испытывают недостаток в соответствующем инструментарии группового регрессного иска⁴. Методы остаются индивидуалистическими, так как они предназначены непосредственно для судебных процессов, в которых принимают участие малое количество сторон. Их единственное дополнительное преимущество — это то, что они позволяют вступать в процесс ограниченному числу людей. Эти люди могут вступать в процесс (присоединение с согласия потенциального участника — *opt-in*) и должны становиться стороной так же, как истец и ответчик. Похожая ситуация наблюдается

¹ Существует различие между объективным объединением иска (сторона формулирует претензии против другой стороны в отдельном процессе), пассивным субъективным объединением иска (один истец действует против нескольких ответчиков в отдельном процессе) и активным субъективным объединением иска (несколько истцов действуют против одного или нескольких ответчиков в отдельном процессе).

² Hubert Bocken, Bernadette Demeulenare, *The Defence of Collective Interests in Belgian Civil Procedure // X., Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian Report at the II International Congress of Procedural Law*, Deventer: Kluwer, 1983, at 161.

³ Например, Акт о межгосударственной запретительной норме 2002 г. выполняет Директиву 98/27/ЕС о защите интересов потребителей, бельгийские антидискриминационные акты выполняют Директиву 2000/43/ЕС о равенстве обращения с людьми независимо от их расовой и национальной принадлежности, 2000/78/ЕС о равенстве обращения с подчиненными и 2004/113/ЕС о равенстве обращения с мужчинами и женщинами при предоставлении и получении товаров и услуг.

⁴ Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans // E. Dirix, Y.-H. Leleu (eds.), The Belgian reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law*, Brussels, Bruylant, 2011, at 305.

и в случае представительства сторон: представитель должен быть уполномочен каждым членом группы на основании *opt-in*. Кроме того, данный метод предполагает строгий контроль над представителем: он обязан иметь письменное согласие/разрешение от каждого участника судебного процесса вступить в этот процесс. Судебные процессы по групповым искам проводятся довольно редко, в основном в связи с их ограниченным финансированием и отсутствием возможности возмещения убытков. Более того, решение, принятое по делу, не является обязательным для жертв обмана или не означает окончательного разрешения дела в пользу ответчика (ему может быть повторно предъявлен иск со стороны еще сотен обманутых членов группы).

В настоящее время юридические нормы в Бельгии не позволяют возбуждать групповые иски (по возмещению ущерба), а именно иски по представительству, в которых один человек представляет неизвестное число потерпевших (без необходимости для них вступать в дело в качестве стороны), с требованием материального возмещения, что является обязательным для всех, кого представляют.

С точки зрения действующего закона (de lege ferenda)

В 2009 и 2010 гг. было оглашено три предложения о введении в практику реальных групповых исков (в том смысле, о котором говорилось выше) в Бельгии¹. Первое предложение было подготовлено правительством (а именно министром по делам потребителей и министром юстиции)². Оно содержало два направления: процедуру рассмотрения дела частично во внесудебном порядке (разработанную на основе голландского Акта о коллективном урегулировании споров о массовом причинении вреда) и процедуру рассмотрения дела в суде (на основе метода разрешения групповых исков в Квебеке). Второе предложение поступило от двух оппозиционных партий «зеленых» (*Ecolo & Groen* !). Они предлагают ввести судебные процессы по групповым искам, состоящие из двух фаз: 1) групповая фаза (во время которой будут решаться общие вопросы); 2) индивидуальная/отдельная фаза (во время которой будут решаться отдельные вопросы). Фламандская ассоциация юристов также предложила законопроект о групповых исках.

Стоит обратить внимание на то, что этот отчет составлен в октябре 2011 г., но ни одно из предложений не было представлено на рассмотрение в парламент.

1. Цель

*Традиционными целями групповых исков являются доступ к правосудию, обоснованная трата денежных средств (судебная экономия) и изменение поведения*³. Каждая из этих целей важна: «...все чаще изменение поведения или удерживание от совер-

¹ Более тщательный анализ этих предложений см.: Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans* // E. Dirix & Y.-H. Leleu (eds.), *cit.*, at 305.

² Анализ (авторами предложений) см.: Hakim Boularbah, *Des «actions groupées» vers l'«action de groupe»: quelle valeur ajoutée pour l'avocat?* // X., *La valeur ajoutée de l'avocat. Actes du Congrès de l'O.B.F.G. du 17 février 2011*, Limal, Anthemis, 2011, at 33–85; Andree Puttemans, *L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge* // A. Legendre, *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Brussels, Larcie, 2010, at 24–46.

³ Эти цели четко обобщены в *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 at para. 27–29. Впервые они сформулированы в отчете OLRC (Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982, at 117).

шения незаконных действий воспринимается как побочный эффект доступа к правосудию или как возможность объединения не особо важных дел. Другими словами, доступ к правосудию и обоснованная трата денежных средств очень тесно переплетены друг с другом, они представляют собой нечто вроде старших родных братьев по отношению к младшему или даже к бедному кузену — изменению поведения»¹.

На первый взгляд бельгийские процессуальные методы (объединение исков, вступление в судебное разбирательство, представительство сторон) способствуют развитию судебной экономии. Таковым было стремление королевского комиссара Чарльза ван Рипингена, когда в 1967 г. он составлял проект судебного кодекса. Согласно этому Кодексу методы объединения исков и вступления в судебный процесс позволяли сторонам рассматривать все иски в одном процессе², избегая, таким образом, проведения нескольких судебных процессов (что и в те времена было недешево). Все становится более ясным, если провести подробный анализ. Как сказано выше, эти методы предполагают активное вступление членов группы в процесс. Следовательно, малые иски (или так называемые иски, безнадежные к взысканиям в индивидуальном порядке) не рассматриваются. Члены группы не будут вступать в процесс в связи с отсутствием разумного интереса. Таким образом, этот метод фактически искоренит предъявление регрессных исков, но он не позволит достичь экономии средств на судебные дела, если речь идет об индивидуальных исках. Вступление всех членов группы в процесс может привести к несогласованному и, вследствие этого, невыгодному и неэкономичному завершению дела. Это может привести к перегрузке, даже дезорганизации судебной системы. Этот анализ и споры, возникшие по поводу групповых исков, доказывают несостоятельность системы *opt-in* — присоединения с согласия потенциального участника³.

Бельгийские групповые иски — это иски, запрещающие совершение какого-либо действия или превентивные иски. Можно потребовать прекращения или предупреждения незаконной практики. Члены группы не могут требовать возмещения ущерба. Следовательно, исключительной целью групповых исков является изменение поведения. Отдельная жертва незаконной практики не является стороной в процессе и никоим образом не влияет на его исход. Если жертва хочет получить компенсацию, она должна возбуждать индивидуальный иск.

Совершенно ясно, что во всей системе фактически отсутствует доступ к правосудию. Ни традиционные процессуальные методы, ни групповые иски не предполагают наличия надежного доступа к правосудию для жертв, которым был причинен ущерб. Правительство и Фламандская ассоциация юристов хотят исправить такое положение дел, введя групповые иски с правом выхода из состава группы (*opt-out*)⁴. Только групповой иск с правом выхода из судебного процесса может дать доступ к правосудию.

¹ John Kleefeld, *Homo Legislativus: Missing Link in the Evolution of «Behaviour Modification»?* // J. Kallajdzic (ed.), *Accessing Justice — Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick and Rumley*, Canada, LexisNexis, 2011.

² Charles Van Reepingen, *Verslag van de Gerechtelijke Hervorming I»* (Brussels: Belgisch Staatsblad, 1968, at 327.

³ См., например: Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure* (I) // 81 Harv. L. Rev. 591, 397–398 (1967). В том же смысле: Australian Law Reform Commission, *Grouped Proceedings in the Federal Court*, Report No. 46, Sydney, Australian Law Reform Commission, 1988, at 107.

⁴ Предложения оппозиционных партий «зеленых» основаны на системе *opt-in*.

2. Представительство

Как уже упоминалось ранее, существующие (но ограниченные) групповые иски могут быть возбуждены профессиональными, меж-профессиональными или государственными объединениями (организациями), удовлетворяющими определенным правовым критериям (например, наличие правосубъектности в течение нескольких лет (чаще всего трех)). Более того, цели этих объединений (организаций), установленные законом, должны согласовываться (соотноситься) с причиной возбуждения судебного дела.

В отличие от предложений оппозиционных партий «зеленых» и Фламандской ассоциации юристов, только предложение правительства позволяет объединениям и организациям возбуждать групповые иски. Это хорошо скажется на идеологических истцах¹ по трем причинам.

Если идеологический истец (т.е. объединение, организация или правительственный орган (например, омбудсмен)) возбуждает групповой иск, все внимание с самого начала будет направлено на всю группу, а не на отдельного члена группы². В первую очередь будут учитываться интересы всех членов группы (а не интересы отдельного члена группы). Вследствие этого идеологический истец будет с большим рвением стремиться возбудить групповой иск, что будет чрезвычайно важно для членов группы. Другими словами, «вероятнее всего идеологический истец будет учитывать интересы группы в большей степени»³. Более того, не возникнет никаких процессуальных (и отнимающих много времени) проблем в случаях, если индивидуальный иск представителя группы будет спорным или урегулированным обвиняемым.

Во-вторых, когда идеологический истец возбуждает групповой иск, отдельный член группы не может принимать участия в процессе. Таким образом, исключается риск общественного осуждения и возможной меры возмездия со стороны ответчика⁴. Не стоит забывать, что групповой иск вызывает много сложностей не только из-за того, что в процессе рассматриваются крупные дела (с посредниками), но и в связи с необходимостью отстаивать интересы отсутствующих членов группы. Эти члены вынуждены полагаться на представителя группы, который выполняет непростую задачу⁵. Сложность и психологическое воздействие групповых исков может с легкостью спугнуть потенциальных представителей группы или затруднить судебный процесс. Это касается дел, в которых члены группы находятся в уязвимом положении (например, работающие по найму, заключенные, беженцы, несовершеннолетние, жертвы сексуального насилия и т.д.). Проблем такого рода можно

¹ Rachel Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal System: A Comparative Perspective*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, at 303.

² См.: David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client* // 73 *Notre Dame L. Rev.* 913 (1997–1998)).

³ South African Law Commission, *The recognition of a class action in South African law, Working Paper No. 57*, Pretoria, South African Law Commission, 1995, at para 5.5. См. также: V. Morabito, *Ideological Plaintiffs and Class Actions. An Australian Perspective* // 34 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 459, 497 (2000–2001); Edward H. Cooper, *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process* // 71 *N.Y.U. L. Rev.* 13, 26–32 (1996).

⁴ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982, at 128–132.

⁵ Pierre-Claude Lafond, *Consumer Class Actions in Quebec to the Year 2000: New Trends, New Incentives* // 8 *Consumer Law J.* 329, 332 (2000).

избежать (или проще с ними справляться), когда представитель группы является идеологический истцом.

Очень важным считается и то, что если представителем группы является объединение или правительственный орган, то будет проще выделять средства на судебные процессы по групповым искам (см. далее, п. 3).

3. Поиск средств и финансирование

Существует три способа финансирования судебных процессов по групповым искам: финансирование представителем группы, юристом или третьей стороной. Все три предложения о введении групповых исков пренебрегают этой проблемой или не придают ей особого значения. Необходимо более глубокое рассмотрение этого вопроса. Всех устраивает только финансирование судебных дел государством.

Когда в Бельгии будут введены групповые иски, первым требованием станет финансирование судебного дела представителем группы. Если представитель группы будет членом группы, то финансирования не будет. Это станет спорным вопросом для исковых требований на небольшую сумму и для индивидуальных исков, подлежащих взысканию в судебном порядке. В таких случаях финансирование судебных процессов по групповым искам превратится в личное и невыгодное вложение денег. По завершению судебного дела член группы рискует оплачивать расходы ответчика. «Существуют некоторые трудности с возбуждением судебных процессов по групповым искам, и это может создать преграду для доступа к законным средствам судебной защиты, чего стараются избегать в судебных разбирательствах»¹. Когда представитель группы становится идеологическим истцом (объединением или организацией), ему проще финансировать дело, так идеологические истцы обладают большими финансовыми средствами. Кроме того, они преследуют не свои интересы, а интересы группы. Интересы группы частично совпадают с предписанной законом целью, поэтому групповые иски имеют право на существование. Они будут играть роль «защитника», и явно необоснованные, незначительные дела не будут финансироваться.

Второй способ — финансирование адвокатом группы судебного процесса по групповому иску на основании соглашения о вознаграждения адвоката в случае выигрыша дела. В Бельгии такие вознаграждения строго запрещены, так как они нарушают общественный порядок и вступают в противоречие с профессиональной этикой юриста². Однако в Бельгии возможны промежуточные формы такого вознаграждения адвоката. Разрешено заключать соглашение, по которому вознаграждение адвоката *частично* зависит от исхода дела. Это относится и к допустимому вознаграждению за успех. Основной проблемой, возникающей в случаях вознаграждения адвоката в судебном деле по групповому иску, является личный интерес адвоката в решении этого дела. По этой причине важна компетентность адвоката и представителя группы, потому что именно на них полностью полагаются члены группы. Адвокат, отстаивающий интересы группы, также является своего

¹ Australian Law Reform Commission, *Grouped Proceedings in the Federal Court*, Report No. 46, Sydney, Australian Law Reform Commission, 1988, at para. 252.

² См. ст. 446ter *Belgian Judicial Code*. Общий обзор см.: Vincent Sagaert, Ilse Samoy, *Belgian Report* // Ch. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka (eds.), *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2010, at 217.

рода «защитником» ответчика от необоснованных обвинений. Другими словами, адвокат, участвующий в судебном процессе по групповым искам, играет (полу-) общественную роль, но личный денежный интерес адвоката может этому мешать (и даже препятствовать).

И наконец, судебный процесс по групповому иску могут финансировать третьи лица. Это представляется возможным благодаря страхованию судебных издержек (страхованию перед началом рассмотрения дела)¹, юридической помощи, правительственному фонду² или финансовой поддержке третьей стороны³. Если групповые иски возбуждаются в Бельгии, нет гарантии, что бельгийское правительство выделит деньги в качестве юридической помощи или из государственного бюджета. Но если это случится, финансовое вмешательство правительства вместе с идеологическим истцом в качестве представителя группы поможет решению дела. С одной стороны, идеологический истец не преследует своих собственных целей, и это факт может повлиять на решение правительственных органов или третьей стороны вступить в процесс (т.е. финансировать его). С другой стороны, в связи с тем, что объединения и правительственные организации имеют опыт работы с групповыми исками, они стали серьезными оппонентами. По сравнению с членами судебных процессов по индивидуальным искам, им будет проще отслеживать (и критиковать), к примеру, действия третьей финансирующей стороны, тем самым принося пользу всем членам группы.

4. Доступные средства судебной защиты

В Бельгии групповые иски могут возбуждаться только для того, чтобы получить средство судебной защиты, запрещающее совершение какого-либо действия или предотвращающее его. Например, Акт о защите окружающей среды 1993 г. предусматривает право некоммерческих организаций и органов местного управления возбуждать судебные дела с целью предотвратить несоблюдение нормативных документов, посвященных защите окружающей среды, или возможную угрозу несоблюдения положений этих документов. Акт о финансовых рынках и операциях 1990 г. предоставляет право определенным потребительским союзам возбуждать иск, запрещающий нелегальный сбор голосов перед выборами. В отличие от судебных процессов по групповым искам в США, в Бельгии не представляется возможным требовать возмещения убытков от лица обманутых жертв.

Ранее на рассмотрение в парламент были вынесены несколько предложений унифицировать все групповые иски⁴. Целью этих предложений было разобрать все установленные законом (и отдельные) положения и создать для объединений (или организаций), удовлетворяющих определенным правовым критериям и имеющих процессуальную правоспособность возбуждать групповой иск, хотя и с определенными ограничениями, единое стандартизированное юридическое основание получения средства судебной защиты, запрещающего совершение какого-либо

¹ *Eschig* decision of the Court of Justice of the European Union (C-199/08, *Eschig*, 2010).

² Лучший пример — *Fonds d'aide aux recours collectifs* (www.farc.iustice.gouv.qc.ca/) в Квебеке. Также в провинции Онтарио — *Class Proceedings Fund* (www.lawfoundation.on.ca/cpcabout.php).

³ См.: Rachel Mulheron, Peter Cashman, *Third Party Funding: A Changing Landscape* // 27 *C.J.Q.* 312 (2008).

⁴ Последнее предложение относится к февралю 2008 г. Оно касается внесения соответствующих изменений в ст. 18 *Judicial Code*.

действия или предотвращающего его. В настоящее время эти и другие похожие предложения так и остаются не воплощенными в жизнь¹.

Три бельгийских предложения по групповым искам предполагают требования денежного удовлетворения. Предложение правительства включает любопытное условие. Урегулирование судебного дела по групповому иску или решение суда может предусматривать, что сумма, находящаяся ниже определенного порога, не будет распределена между членами группы из-за высоких расходов по сравнению с количеством денег, которые имеет право получить каждый член группы. Это предложение предполагает внесение (нераспределенных) денег в фонд правительства для финансирования будущих судебных дел по групповым искам. Эта идея, в самом деле, заслуживает внимания. При малых исках изымается незаконная прибыль ответчика, и эти деньги используются для финансирования других судебных процессов по групповым искам. Предложение Фламандской ассоциации юристов включает положение, на основании которого судья может назначить особого судебного распорядителя² (называемого «лицом, удовлетворившим судебное требование»), который будет принимать участие в разбирательствах по индивидуальным искам членов группы вне суда.

5. Участие суда

«Какой суд можно считать компетентным?» — первый вопрос, который возникает относительно вмешательства суда в будущие судебные процессы по групповым искам в Бельгии. Согласно предложению правительства, суд первой инстанции и апелляционный суд в Брюсселе будут иметь единую юрисдикцию при решении *всех* судебных дел по групповым искам в Бельгии. Это приведет к тому, что групповые иски будет рассматривать специализированный и квалифицированный суд³, и к эффективному решению судебных процессов по групповым искам. С одной стороны, будет развиваться единообразная и предсказуемая (и тем самым более постоянная) судебная практика в специализированной области права (например, в отношении необходимых условий при групповом иске), с другой стороны, специализированный и более квалифицированный суд сможет быстрее и эффективнее разбираться с делами. В связи с тем, что общее количество массовых дел в европейских странах достаточно ограничено, было бы неэкономно предоставлять множественную судебную юрисдикцию. Компетентный суд также старается избегать дел, требующих больших затрат времени. Такой исключительный суд может стать мобильным (своего рода «передвижной суд по рассмотрению групповых исков»)⁴.

¹ В отличие от Бельгии, процесс унификации успешно идет в Нидерландах, где в 1994 г. было введено единообразное регулирование (ст. 3:305a Гражданского кодекса Нидерландов).

² См.: David Rosenberg, *Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master* // 69 *B.U. L. Rev.* 695 (1989); Wayne D. Brazil, *Special Masters in Complex Cases: Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?* 53 *U. Chi. L. Rev.* 394 (1986).

³ См.: Stephen J. Choi, *The Evidence on Securities Class Actions* // 57 *Vand. L. Rev.* 1465, 1517–1518 (2004).

⁴ О мобильности судей см.: Randall D. Lloyd, Leonard B. Weinberg, Elizabeth Francis, *An Exploration of State and Local Judge Mobility* // 22 *Just. Sys. J.* 19 (2001); George R. Pring, Catherine K. Pring, *Specialized Environment Courts and Tribunals at the Confluence of Human Rights and the Environment* // 11 *Or. Rev. Int'l L.* 301, 328 (2009).

В этом плане имеет значение противоречивый характер бельгийского гражданского процессуального права¹. Независимая роль сторон в инициировании и завершении гражданского процесса, с одной стороны, и активная роль судьи — с другой, — два важных аспекта этого принципа. Стороны независимо устанавливают пределы конфликта, представленного перед судом. Прежде всего предполагается, что истец определяет границы объекта судебного разбирательства. Судья несет ограниченную ответственность, но в то же время он обязан решить дело, как установлено истцом. Более того, судья не имеет права в силу занимаемой должности привлекать к участию в судебном процессе стороны, не назначенные истцом. Это положение имеет большое значение. Когда судья видит, что жертвы находятся в одинаковом положении с истцом, он не может дать им указание вступить в дело. Судья даже не имеет права просить (или принуждать) стороны это сделать, также в этой связи он не имеет права приостанавливать судебное разбирательство.

Другой особенностью противоречивого характера судебного процесса является активное участие судьи. Как только стороны наметили приблизительный ход дела, судья начинает играть важную роль в отношении правильного развития дела. Это означает необходимость уважать процессуальные нормы и выносить судебное решение в течение разумного периода времени. В случае если стороны не смогли представить достаточные доказательства, судья обязан сделать дополнительный запрос, который может включать, к примеру, подачу определенных документов, свидетельские показания, осмотр места преступления, личное присутствие сторон в суде и т.д.

Как и в странах общего права, в континентальном праве судья становится своего рода руководителем дела. Такое развитие является положительным, так как «процессуальное решение дела не должно управляться стратегиями сторон, принимать и контролировать его должен суд. Именно суд несет ответственность за быстрое и эффективное осуществление правосудия и следовательно он должен заниматься делом в течение всего процесса... Термин [*case management* — управление делом] предполагает новое понимание роли судьи в гражданских судебных процессах. Его миссия заключается не только в том, чтобы разрешать дело, принимая во внимание мнение сторон, но и управлять делами в суде таким образом, чтобы эффективно завершить любой процесс. Вполне очевидно, что роль судьи значительно возрастет»².

В судебных процессах по групповым искам, даже больше, чем в индивидуальных судебных процессах, требуется судья как руководитель дела в связи с тем, что он выполняет общественную функцию, защищая интересы отсутствующих членов группы и ответчиков: «...судьи, принимающие участие в судебных процессах по групповым искам, несут огромную ответственность за членов группы и за общество в целом. Они призваны признавать права многочисленных истцов, и что более важно, права

¹ См.: Piet Taelman, Stefaan Voet, *Belgium and Collective Redress: the Last of the European Mohicans* // E. Dirix & Y.-H. Leleu (eds.), *cit.*, at 305. См. также: Gerald. J. Meijer, *Belgian Civil Procedure* // H. Snijders (ed.), *Access to Civil Procedure Abroad*, Kluwer Law International, 1996, at 193–237; Jean Laenens, Georges Van Mellaert, *The Judicial System and Procedure* // H. Bocken (ed.), *Introduction to Belgian Law*, Kluwer Law International, 2001, at 83–110; Paul Lefebvre, *Belgium* // S.R. Grubbs (ed.), *International Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2003, at 75–96.

² Benoit Allemeersch, *Civil Case Management: The Belgian Debate and Reforms* // A.W. Jongbloed (ed.), *cit.*, at 237.

отсутствующих или неназванных лиц, согласно их предполагаемым интересам»¹. Особенно в США, где групповые иски «управляются адвокатом», судья играет важную контролирующую роль в отношениях между группой и адвокатом группы. Если судья, действуя как «управляющий делом», может защитить интересы членов группы и ответчиков, он также может заслужить общественное доверие при (грамотном) решении судебных процессов по групповым искам.

Для того чтобы действовать как «управляющий делом» при рассмотрении групповых исков, судье нужно обладать определенным управленческим инструментарием. С одной стороны, инструментарий, используемый в индивидуальных судебных процессах, может применяться при рассмотрении дела по групповому иску: возможность назначать обязательный к исполнению график судебных заседаний, делать дополнительный запрос (в силу занимаемой должности), вести интерактивную дискуссию со сторонами, назначать штраф в случае плохого поведения (оскорбления) в ходе судебного разбирательства и т.д. Когда в Бельгии разрешат предъявлять групповые иски, нужно будет утвердить этот управленческий инструментарий. Возможно, что его можно будет с пользой применять при рассмотрении дел по групповым искам. С другой стороны, судьям в Бельгии понадобится новый (сделанный по заказу) инструментарий, как и судьям системы общего права: «Суд должен быть наделен правом требовать прекращения процесса по групповому иску, правом заменить представителя-истца, не в полной мере представляющего интересы членов группы, правом создавать... подгруппу и назначать сторону, представляющую подгруппу от лица членов подгруппы. Требуется одобрение суда перед решением или прекращением судебного процесса по групповому иску... Примеры вмешательства Федерального суда включены в раздел... что позволяет... Возможно, самое важное положение находится в разделе... уполномочивающем Федеральный суд издавать любой приказ... который, по его мнению, является необходимым для гарантии справедливости в судебном разбирательстве»². Судье очень важно иметь инструментарий, чтобы активно управлять и руководить судебным процессом по групповому иску.

Три предложения, касающиеся судебных процессов по групповым искам, не уделяют достаточного внимания полезности существующего управленческого инструментария. Эти предложения основаны на довольно наивном предположении, что существующий управленческий инструментарий (используемый для индивидуальных судебных процессов) может с легкостью применяться и по отношению к судебным процессам по групповым искам. Но на самом деле все обстоит иначе. Кроме того, в этих предложениях опущен особый инструментарий, применимый к групповым искам. Ни одно из предложений не уделяет внимания возможности дополнительного уведомления, наложению дополнительных условий на представителя или адвоката группы и разрешению участвовать в процессе отдельному члену группы. Только в предложении правительства содержится положение о подгруппе. Возможность прекращения судебного процесса по групповому иску присутствует только в предложении партий «зеленых».

¹ Catherine Piche, *Judging Fairness in Class Action Settlements* // *Windsor Yearbook of Access to Justice* 2010, at 111–112.

² V. Morabito, *Ideological Plaintiffs and Class Actions. An Australian Perspective* // 34 *U. Brit. Colum. L. Rev.* 459, 494–495 (2000–2001).

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

Необходимо, чтобы в Бельгии судебные процессы по групповым искам не заменили существующий инструментарий по борьбе с многочисленными примерами причинения вреда и нанесения ущерба, а дополнили его. Поэтому судебные процессы по групповым искам в Бельгии должны рассматриваться (и изучаться) как дополнительный правовой инструментарий, выполняющий защитную функцию. Это в особенности проявится в вопросе преимущественного права. В отличие от своего общеправового (американского) коллеги, бельгийский (и европейский гражданско-правовой) судья с большей легкостью примет доступные методы разрешения споров¹. В этом отношении стоит подчеркнуть важность бельгийского (а иногда европейского) инструментария личной, общественной, административной дополнительной судебно-правовой защиты². Это касается не только вышеупомянутых групповых исков, но и роли комитетов по жалобам, уголовного преследования (и возможности объединяться бельгийским гражданским сторонам при уголовной преследовании), управляющей роли государственных органов и их инструментария принудительного применения (например, в области антимонопольного права) и т.д. В отличие от общеправовых стран (особенно США) эти альтернативы должны стать приоритетными, особенно в отношении исковых требований на небольшую сумму. Если они отсутствуют, или их не хватает, групповые иски должны выйти на передний план. Три предложения, касающихся групповых исков в Бельгии, похоже, не включают в себя подобного предположения.

В Бельгии судебные процессы по групповым искам будут формироваться по-другому, так как они будут рассматриваться в совершенно другой культуре, с другими правилами процессуальной правоспособности, с другим способом привлечения денежных средств, финансирования судебных дел и участием суда. В отличие от судебных процессов по групповым искам в США, судебный процесс по групповому иску в Бельгии должен возбуждаться идеологическим истцом (т.е. объединением, организацией или государственным органом), и он не может финансироваться на основании условного вознаграждения адвокату в случае выигрыша дела или вознаграждения за успех. Тем не менее судебные процессы по групповым искам в Бельгии будут достигать тех же целей, что и судебные дела по групповым искам в США, и также будут предлагать денежное средство судебной защиты и средство судебной защиты, запрещающее совершение какого-либо действия.

¹ См. Rule 23(b) Fed.R.Civ.P.

² См. особенно: Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2008, at 235. См. также: Willem H. Van Boom, Marco Loos (eds.), *Collective Enforcement of Consumer Law. Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007; Steven B. Malech, Robert E. Koosa, *Government Action and the Superiority Requirement: A Potential Bar to Private Class Action Lawsuits* // 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1419 (2005); Martin H. Redish, *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals* // 2003 *U. Chi. Legal F.* 71 (2003); Richard A. Nagareda, *Mass Torts in A World of Settlement*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

Ясминка Каладжич (*Jasminka Kalajdzic*)¹

КАНАДСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

1. Цели

В 1970-х и 1980-х гг. вторая волна законодательной инициативы в Северной Америке была охарактеризована переходом к публичным судебным процессам, связанным с вопросами общественных интересов с участием большого количества людей³. Движение за закон в интересах общества придало импульс идее «частного доверенного лица, которое могло бы обеспечить доступ к правосудию тем, для кого раньше это было практически невозможно, и таким образом обеспечить принятие решений в области общественных интересов на основе сбалансированной защиты интересов»⁴. Групповые иски были одним из средств достижения правопорядка: частные доверенные лица должны отстаивать права там, где отсутствует регулятивное правоприменение.

Идея доверенного лица, работающего в интересах общества, снизила значение принятия закона о групповых исках законодательными органами провинции Квебек⁵. Введение групповых исков — неотъемлемая часть более общего социал-демократического плана реформ, который был разработан специально, чтобы «восстановить равновесие между отдельными гражданами и компаниями» и «потребителями и производителями товаров»⁶. Комиссия по правовой реформе провинции Онтарио повторяет это в своем Докладе о групповых исках в 1982 г.⁷ В начале Доклада описывается современное общество как сложное и взаимозависимое, для которого характерно «массовое производство, массовое продвижение и массовое потребление»; деятельность крупнейших компаний, международных корпораций и вмешательство государства в дела граждан может оказать влияние или даже причинить вред большому количеству людей⁸. Таким действиям человек часто не может или не хочет противостоять в одиночку⁹. В заключении Доклада говорится о том, что групповые иски служат для того, чтобы предоставить «возможность для выражения массового недовольства упорядоченным образом в рамках существующих «судебных систем», они могут стать противоядием от социального крушения, которое существует там,

¹ Профессор Виндзорского университета (*University of Windsor*) (Канада).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

³ Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report* // M. Cappelletti and B. Garth (eds.), *Access to Justice*, Sijthoff and Noordhoff, 1979, vol. 1, 1 at 36. См. также: Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* // (1976) 89 Harv. L. Rev. 1041.

⁴ B. Garth, I.H. Nagel, S.J. Plager, *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation* // (1988) 61 S. Cal. L. Rev. 353 at 360. См. также: W.B. Rubenstein, *On What A «Private Attorney General» Is — And Why It Matters* // (2004) 57 Vand. L. Rev. 2129.

⁵ W.A. Bogart, *Questioning Litigation's Role: Courts and Class Actions in Canada* // (1986–87) 62 Ind. L.J. 665; Catherine Piche, *The Cultural Analysis of Class Action Law* // (2009) 102:2 J. Civil Law Studies 101, at 118.

⁶ Shaun Finn, *In a Class All Its Own: The Advent of the Modern Class Action and Its Changing Legal and Social Mission* // (2005) 2(2) Can. Class Action Rev. 333, at 352–353.

⁷ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (Ontario, 1982).

⁸ Ibid., p. 3.

⁹ Ibidem.

где ни суды, ни административные органы не в силах защищать права жителей на индивидуальной основе»¹.

В Докладе превалирует мнение, что групповые иски могут преодолеть различные барьеры, которые мешают потенциальным истцам обеспечить правовую защиту и, таким образом, выполняют важную социальную функцию. Доступ к правосудию наряду с судебной экономией и изменением поведения был основным мотивом, по которому, согласно Докладу, должно быть принято законодательство о групповых исках. Комиссия пришла к выводу, что многие претензии не оспариваются по отдельности не потому, что они рассматриваются не по существу дела или заявитель не важен, а из-за экономических, социальных и психологических барьеров. Мы надеемся, что групповые иски помогут преодолеть эти преграды и, облегчая доступ к судам, будут выполнять важную функцию в обществе. Совершенно ясно, что доступ к правосудию — это предпосылка для осуществления всех других законных прав².

Несколько лет спустя, Ян Скотт, генеральный прокурор Онтарио, который осуществлял контроль над разработкой первого положения о групповых исках в англоязычной Канаде, выразил вполне определенное мнение о возможностях групповых исков расширить доступ к правосудию в более широком смысле: «Нет никаких сомнений в том, что эта мера играет важнейшую роль в решении многочисленных исковых требований на небольшую сумму, оставшихся без удовлетворения в судах, поскольку из-за цены для каждого отдельного истца игра не стоит свеч. В большей степени судебное разбирательство по групповому иску является вопросом доступа к правосудию. Но это не единственное нововведение. Представитель истцов, уполномоченный от имени группы на судебное разбирательство, является своего рода частным доверенным лицом, борющимся против того, что считается недобросовестной работой, экологическим бандитизмом или корпоративным надувательством. Групповые иски рассматриваются государством как финансово выгодное средство развития частных исков, необходимое для того, чтобы снять нагрузку подачи исков с государственных министерств и ведомств, ограниченных бюджетом»³.

По мнению Скотта, групповые иски выполняют функцию регулятивного правоприменения не в дополнение к компенсаторной функции, но в качестве цели особых организационных мероприятий.

Парадигма групповых исков, выполняющих социальные или регулятивные функции, используется крайне редко в последние десятилетия интенсивного роста числа групповых исков⁴. Более распространенным является обоснование для групповых исков, состоящее из трех частей. Первым это заметил С.Дж. МакЛаклин (*C.J. McLachlin*) в *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*:

«Благодаря тому, что основные судебные издержки должны быть поделены между большим количеством истцов, групповые иски облегчают доступ к правосу-

¹ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (Ontario, 1982), p. 130 [cit.om.].

² Ibid., p. 139.

³ I. Scott, N. McCormick, *To Make a Difference: A Memoir*, Stoddart, 2001, at 182, как указано в работе: Hon. I. Binnie, *Mr. Attorney Ian Scott and the ghost of Sir Oliver Mowat* // (Spring 2004) 22 *Advocates' Soc. J.* No. 4, 4.

⁴ Отнесенных Верховным судом Канады к разряду исков, имеющих «социальный аспект», в деле *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801 at para. 106. См. также: *Alfresch Beverages Canada Corp. v. HoeschtAG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301.

дию, поскольку являются наиболее экономичным способом рассмотрения жалоб, в противном случае каждый иск должен быть рассмотрен индивидуально. В отсутствие групповых исков двери правосудия остаются закрытыми для определенного количества истцов, какими бы обоснованными ни были их законные требования. Разделение затрат обеспечивает рассмотрение каждого судебного иска»¹.

Степень, в которой эти три цели реализуются, только недавно стала темой научного исследования, и некоторые наблюдения могут помочь дать оценку результатам судебных разбирательств по групповым искам².

2. Представительство

В соответствии с Законом о групповых исках провинции Онтарио (CPA)³ и другими местными законами, условием сертификации иска является наличие представителя истца, способного «честно и компетентно представлять интересы группы»⁴. Три фактора обычно учитываются при определении компетентного представителя. Это — мотивация истца представлять в судебном порядке все требования, взять на себя расходы, связанные с процессом, и справедливо давать юридическую оценку ситуации⁵. Любое юридическое лицо может выступать в роли истца. Большинство представителей истцов — физические лица, хотя некоторые юрисдикции вводят ограничения на корпорации и другие подставные организации⁶. В Квебеке потребительские организации выступают как истцы во многих групповых исках, в то время как в остальной части Канады такие представители — редкость или вообще отсутствуют.

Хотя статистически значимые данные недоступны, небольшой опрос, проведенный автором в 2009 г., показал, что большинство представителей истцов были наняты адвокатами истцов в групповых исках⁷. Этические последствия набора клиентов являются предметом дискуссий; практикующие истцы заявляют, что эта практика неизбежна и желанна, так как обеспечивает достижение основной цели групповых исков, в то время как ученые и некоторые судьи выражают определенное беспокойство уровнем нанятых людей, представляющих истцов⁸. Нанятые или самопровозглашенные представители должны быть одобрены судьей, руководящим процедурой сертификации иска. После назначения представитель истца становится клиентом адвоката группы, уполномоченным инструктировать, нанимать или увольнять адвоката, а также действовать в интересах группы⁹.

¹ *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 [«Dutton»] at para. 28 [cit.om.].

² Jasminka Kalajdzic, *Introduction — Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton*, *Hollick & Rumley* // (2011) 53 S.C.L.R. (2d) at 2–3.

³ *Class Proceedings Act*, 1992, R.O. 1992, c.6 [«CPA»].

⁴ CPA, s. 5(1)(e)(i).

⁵ *Dutton*, § 41.

⁶ *Quebec Arts*, 999, 1048 C.C.P.

⁷ Jasminka Kalajdzic, *Access to Justice for the Masses? A Critical Analysis of Class Actions in Ontario* (LL.M. Thesis, University of Toronto, 2009) (не опубликовано).

⁸ Jasminka Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis* // (2011) *Osgoode Hall L.J.* 49:2 (далее — *Legal Ethics and Class Action Praxis*); Catherine Piche, *The Class Action Settlement Actors: Who protects whom?* // (2011) 53 SCLR (2d).

⁹ *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377.

Неизвестно, насколько активен представитель истца в исполнении своих обязанностей, но вполне очевидно, что роль его меняется в зависимости от характера дела. В 2010 и 2011 гг. автор брал интервью у судей, и они согласились с тем, что некоторые истцы регулярно контролировали своего адвоката и консультировались с ним на протяжении всего дела, другие просто занимали место¹. *CPA* и другие законодательные акты Онтарио требуют наличия представителя истца, способного «честно и компетентно представлять интересы группы»². Обычно три фактора учитываются при определении компетентного представителя. Как определить мотивацию истца и какой уровень взаимодействия необходим, чтобы он был компетентным представителем группы, остается нерешенным в судебной практике. Как минимум у истца, представляющего группу, должен быть «интерес, равный интересу всех в группе». И в Британской Колумбии, и в Онтарио суды считают, что набор истцов-представителей является убедительным свидетельством отсутствия интереса, независимости, а также стимула со стороны истцов выполнять свои обязанности по отношению к группе. В других случаях наем истцов и ограничение контакта с адвокатами не является свидетельством непригодности потенциальных истцов-представителей³.

3. Поиск средств и финансирование

Подавляющее большинство групповых исков финансируются групповыми адвокатами, а также постепенно растущее их количество — коммерческими спонсорами. Во всех случаях адвокат заключает с представителем истца соглашение об оплате по результату, в соответствии с которым адвокат группы согласен получить компенсацию расходов и вознаграждение за услуги, если выиграет дело в суде. Как правило, оплата по результату колеблется в пределах 20–35% (при процентной оплате) или же в 2–4 раза больше (когда сумма ориентировочная или считается от базовой ставки)⁴. Соглашение должно быть одобрено судом как честное и разумное и, соответственно, объединять всех членов группы. Судьи по-разному относятся к соглашению об оплате по результату, некоторые из них придают большое значение соглашению, подписанному истцом, представляющим группу⁵. В других случаях, однако, судьи обращают мало внимания на соглашение об оплате услуги⁶, дающее право групповому адвокату получить запрашиваемую сумму, на том основании, что групповые иски предполагают «отсутствие клиента, который напрямую связан с суммой, заявленной к оплате»⁷.

В Онтарио оплата по результату была разрешена на процессах по групповым искам за несколько лет до того, как она была повсеместно одобрена регулирующими

¹ Kalajdzic, *Legal Ethics and Class Action Praxis*, cit.

² CPA, s. 5(1)(e)(i).

³ *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2008 CanLII 17304 (ON S.C.).

⁴ Benjamin Alarie, *Rethinking the Approval of Class Counsel's Fees in Ontario Class Actions* // (2007) 4:1 *Canadian Class Action Review* 15.

⁵ См., например, *Cassano v. Toronto Dominion Bank* (2009), 98 OR (3d) 543 at para 63 (Sup Ct). См. также: *799376 Ontario Inc (Cob Lonsdale Printing Services) (Trustee of) v. Cascades Fine Papers Group* (2008), 173 ACWS (3d) 695 at paras 6 (Ont Sup Ct) [Cascades].

⁶ *Martin v. Barrett* (2008), 168 ACWS (3d) 643 at para 48 (Ont Sup Ct).

⁷ *Ibid.*, at para. 52.

органами для всех гонораров по гражданским судебным процессам (за исключением семейных правоотношений). Нет необходимости в серьезных дискуссиях об оплате по результату для эффективного функционирования системы групповых исков. Такие сборы предназначены для вознаграждения за риск и успех и, таким образом, представляют стимул для юристов участвовать в рассмотрении групповых исков в суде, что могло бы не быть таким привлекательным в противном случае. Судьи прямо признали, что групповые иски являются предпринимательскими, но с оговоркой, что «предпринимательский адвокат является средством для достижения цели, а не целью самой по себе»¹. Существует общее мнение, что оплата по результату в Канаде не такая щедрая, как в США, хотя соответствующие статистические данные отсутствуют.

В Квебеке и Онтарио правительственные фонды для групповых исков доступны для адвоката группы, чьи заявления приняты (на основании ряда факторов, которые включают в себя вероятность успеха и значение дела для интересов общества). В случае с Онтарио финансирование служит для оплаты расходов, в случае с Квебеком финансирование — для оплаты расходов и вознаграждения адвокату. Финансирование является очень умеренным, но в дополнение к финансовой помощи представители истцов получают возмещение из фонда поддержки при неблагоприятном исходе дела². В обмен на это фонд собирает процент от любого судебного решения или урегулирования, полученного в групповых исках³. Возмещение является важной функцией финансирования групповых исков в канадской юрисдикции, где берется за правило два направления оплаты; без гарантии от убытков мало кто из представителей истцов согласился бы действовать, учитывая, что успех в деле ведет к номинальной компенсации, в то время как поражение приводит к значительному увеличению расходов. В тех случаях, когда возмещение не получено из государственного фонда, его, как правило, предоставляет адвокат группы.

Недавно была одобрена схема финансирования третьей стороной, когда финансист возмещает расходы истца в обмен на комиссию с суммы, полученной в результате мирового соглашения или судебного решения, в размере менее 10%⁴. Есть мнения что, если доля коммерческого финансирования увеличится, то возможен сопоставимый рост числа судебных процессов. Поэтому существует необходимость повышения нормативного или юридического контроля над этими коммерческими финансовыми схемами⁵.

4. Доступные средства судебной защиты

Денежная компенсация, в особенности, возмещение убытков при финансовых потерях, является основной формой помощи, получаемой в ходе процессов по груп-

¹ *Fantl v. Transamerica Life Canada*, at para. 66 (*Winkler CJC*).

² *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, as am. by *Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding)*, 1992, S.O. 1992, c. 7, s. 3.

³ См. *Regulation Respecting the Percentage Withheld by the Fonds d'aide aux recours collectifs*, R.R.Q. c. R-21, r. 3.1.

⁴ См. *Metzler Investment GmbH v. Gildan Activewear Inc* (2009), 179 ACWS (3d) 765 (Ont Sup Ct); *MacQueen v. Sydney Steel Corp* (19 October 2010), Halifax 2004-Hfx No 218010 (NS SC); *Dugal v. Manulife Corporation* (2011), 105 OR (3d) 364 (Sup Ct).

⁵ Sandra Rubin, *Enter the Silent Partner // Lexpert Magazine* (July/August 2011) 56-61; Luis Millan, *Why class actions create ethical minefields // The Lawyers Weekly* (19 August 2011), p. 4, 7.

повым искам. Хотя истцам доступны исковые заявления и судебные запреты, суды не всегда решаются сертифицировать групповые иски о нарушении конституционных и других законных прав, которые можно эффективно и экономично решить путем прецедентного дела или индивидуального иска о деклараторной защите или судебном запрете. В этих случаях можно достичь того же результата, как при групповом иске или жалобе¹. По этой причине, групповые иски против правительства с целью деклараторной защиты и компенсации за нарушение исконных прав довольно сложно сертифицировать².

Что касается денежного удовлетворения, нормы законодательства, касающиеся групповых исков, содержат детальные условия, облегчающие оценку и доказательство ущерба:

- оценку общей присужденной суммы, включая отбор доказательств в соответствующих условиях и включая деление этой суммы среди членов группы на основе усредненных или пропорциональных значений³;
- участие отдельных членов группы для решения вопросов, особенно важных для них⁴;
- распределение судебных решений, включая форму *cy près*⁵.

Учитывая, что на сегодняшний день менее 20 групповых исков прошли судебное разбирательство в Канаде, положения, касающиеся совокупной оценки убытков и статистических данных, редко использовались. Судьи опирались на эти положения, однако пришли к выводу, что некоторые случаи вполне могут быть сертифицированы.

За последнее десятилетие групповые иски были урегулированы на том основании, что значительная часть судебной выручки или она вся целиком распределялась *cy près*⁶. Эти присужденные суммы обычно обосновываются тем, что затраты на поиск и компенсацию членов группы являются крайне высокими, если даже не превышающими сумму, которая должна быть распределена. Но и эти схемы урегулирования имеют свои противоречия. Авторы комментариев отмечают, что редко существует взаимосвязь между группой и получателем возмещения *cy près*⁷. Многие возмещения *cy près* допускались в тех случаях, когда возможно определить членов группы, хотя бы с помощью надежной программы оповещений, и где величина судебных расходов не превышает сумму, подлежащую компенсации. Авторы комментариев утверждают, что там, где установлена необходимость определенного *cy près*, полученные средства должны быть направлены в благотворительные или

¹ *Roach v. Canada (Attorney General)*, [2009] OJ No. 737 (S.C.J.).

² См., например, *Davis v. Canada (Attorney General)*, [2007] N.J. No. 42 (S.C. (T.D.)).

³ См., например, *Ontario CPA*, s. 23, 24.

⁴ *Ibid.*, s. 25.

⁵ *Ibid.*, s. 26.

⁶ Jasminka Kalajdzic, *Consumer (In)Justice: Reflections on Canadian Consumer Class Actions* // (2011) 50 *Can. Bus. L.J.* 356 at 371.

⁷ Jeff Berryman, *Class Actions and the Exercise of Cy-Pres Doctrine: Time for Improved Scrutiny* // J. Berryman, R. Bigwood, *The Law of Remedies: New Directions in the Common Law*, Toronto, Irwin Law, 2009, ch. 22; Eiusdem, *Nudge, Nudge, Wink, Wink: Behavioural Modification, Cy-Pres Distributions and Class Actions* // (2011) 53 *S.C.L.R.* (2d) (далее — J. Berryman, *Nudge, Nudge*); Jasminka Kalajdzic, *Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy Pres Distributions* // (2010) 6:1 *Can. Class Action Review* 217 at 246–247.

некоммерческие организации, чья деятельность будет хотя бы косвенно выгодна группе, в соответствии с духом и буквой процессуального законодательства по групповым искам. Если судами не будет принят более принципиальный подход к *су прёс*, такие решения вряд ли обеспечат доступ к правосудию и достигнут цели изменения поведения в групповых исках¹.

5. Участие суда

Как и Федеральные правила США, положения о групповых исках в Канаде поручают судам контролировать групповые иски с точки зрения как управления делом, так и обязательного одобрения суда на различных этапах судебного разбирательства. Для того чтобы судебный процесс был процессом по представительскому иску, истец должен добиться сертификации. Судья также должен утвердить урегулирование иска, форму уведомления, которое будет рассылаться членам группы, и гонорар адвоката. Это не формальные, шаблонные действия; в соответствии с *СПА* и другими законодательными положениями, суды выполняют крайне важную надзорную функцию по защите интересов членов группы, не присутствующих на процессе.

Эта надзорная функция нигде не является такой важной, и такой сложной, как в контексте урегулирования. Судьи признают, что на заседаниях при утверждении мирового соглашения существует не имеющая юридической силы состязательность, которая возникает в процессе урегулирования путем переговоров между истцом и ответчиком, когда каждый имеет заинтересованность в том, чтобы дело было успешно завершено в его пользу². Столкнувшись с такой проблемой, каким образом судья должен выполнить свои уставные обязанности и принять решение, которое является «справедливым и разумным в интересах группы»?³

До недавнего времени американская и канадская судебные системы отличались в отношении участия независимых сторон на объективных слушаниях. В США руководство Федерального юридического центра для судей «Управление процессами по групповым искам» советует судьям разрешать некоммерческим организациям, государственным органам, государственным доверенным лицам активно принимать участие в слушании, чтобы оказать помощь суду⁴. И наоборот, в Апелляционном суде провинции Онтарио долго считали неуместным принимать возражения лиц, не являющихся членами группы⁵. Однако своим недавним решением Апелляционный суд в принципе одобрил назначение так называемого друга правосудия (*amicus curiae*) или попечителя «над разбором» (*guardian ad litem*) для оказания помощи судье при рассмотрении предлагаемого урегулирования или гонорара адвокату⁶. Станет ли помощь третьей стороны обычным явлением в канадских групповых исках, еще предстоит выяснить.

¹ Berryman, *Nudge, Nudge, cit.*

² *Smith v. National Money Mart*, 2010 ONSC 1334 at para. 27.

³ *Dabbs v. Sun Life Assurance*, [1998] O.J. No. 1598 (Gen. Div.) at para. 9.

⁴ Barbara J. Rothstein, Thomas E. Willging, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*, Washington DC, Federal Judicial Center, 2009, at 15.

⁵ *Dabbs v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1998), 41 O.R. (3d) 97 (C.A.). В этом деле иск к S.C.C. был отклонен ([1998] S.C.C.A. No. 372).

⁶ *Smith v. National Money Mart*, 2011 ONCA 233.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

Канадские групповые иски очень схожи с групповыми исками США, как в плане руководящего законодательства, так и на практике. Считается, однако, что некоторых эксцессов американских судебных разбирательств можно было бы избежать в Канаде. Например, гонорар адвоката и присужденная сумма не были такими «чрезмерными» в Канаде, как об этом сообщалась в США. В частности, это может быть связано с отсутствием практики возмещения убытков в тройном размере, редким использованием суда присяжных в гражданских делах и более консервативным судом, что влияет на оценку судебных рисков каждой стороны.

Рэйчел Малерон (*Rachael Mulheron*)¹

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД АНГЛИИ И УЭЛЬСА²

1. Цели

В английском и уэльском законодательстве судебные процессы по групповым искам имеют шесть основных целей: соразмерность; прогнозируемость; доступ к правосудию; экономия как в широком, так и в правовом контексте; (в меньшей степени) удержание от совершения действий; справедливость. Рассмотрим каждую из целей по отдельности.

Соразмерность

Все положения Гражданского процессуального кодекса (далее — ГПК), в том числе касающиеся коллективных действий, подчинены основной цели, а именно справедливому разрешению юридических вопросов³. Для достижения поставленных задач ключевыми методами являются «сокращение расходов», а также «выделение судом определенной части средств на проведение конкретного дела с учетом необходимости выделения средств на другие судебные процедуры»⁴.

В Англии в ходе судебных процессов, касающихся групповых действий, судьи часто ссылаются на данное положение. Например, в деле *Emerald Supplies Ltd. v. British Airways plc*⁵ главный судья Морритт однозначно заявил, что справедливость в судебном процессе против авиаперевозчиков, подозреваемых в ценовом сговоре, будет скорее достигнута после подачи потерпевшей стороной группового иска. По его мнению, представительский иск в данном деле оказался бы менее эффективным. В ходе

¹ Профессор Лондонского университета королевы Марии (*Queen Mary University of London*) (Великобритания).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

³ (CPR 1.1(1)).

⁴ (CPR 1.1(2)(b)) (CPR 1.1(2)(e)).

⁵ [2009] EWHC 741 (Ch), at para. 38; aff'd [2010] EWCA Civ 1284.

одного из последних судебных разбирательств *Millharbour Management Ltd. v. Weston Homes Ltd.*¹ судья Дж. Айкенхэд также заявил (допуская возможность подачи представительского иска), что реализация диспозитивного права должна определяться основной целью правосудия. Таким образом, в ходе подобных судебных процессов следует стремиться к минимизации расходов как участников судебного процесса, так и самого суда, а также к сокращению сроков судопроизводства.

Необходимо учитывать основную цель ГПК, также упоминаемую в контексте Порядка судопроизводства при групповых исках (*GLO*)².

Предсказуемость

На протяжении долгого времени определенная доля непредсказуемости в ходе небезызвестных судебных разбирательств по банковским процентам по кредитам являлась отрицательной стороной судопроизводства (с марта 2006 г. по август 2007 г. по данному вопросу в английские суды графств было подано свыше 53 000 исковых заявлений). Различные стратегии (приостановление производства по делу, отказ от иска, вынесение судебного решения в суммарном порядке), призванные сократить объем работы, фактически противоречили друг другу. Также было сложно прогнозировать результат действий истцов, любыми средствами стремящихся затянуть процесс. Несмотря на то что банк удовлетворил их индивидуальные иски, истцы изменяли свои заявления, требуя увеличенное возмещение убытков, «таким образом прокладывая путь для своих последователей» (так высказались насчет данной тенденции во время процесса *Brennan v. National Westminster Bank plc*³, впоследствии отклонив исправленный иск). Также присутствовал постоянный риск противоречащих судебных решений, поскольку судебные решения суда определенного графства Англии в этих случаях⁴ не связаны правоотношениями с другими судами графств и с Высоким судом. В связи со всей этой непредсказуемостью и «бардаком» в судебных тяжбах было зарегистрировано прецедентное дело⁵, обжалованное в Верховном суде, по которому английские банки обладали преимуществом по существу⁶. К сожалению, в связи с тем, что дело было прецедентным, в нем присутствовали некоторые вопросы, на которые судебное решение не дало ответы и оставило их на рассмотрение Управления добросовестной конкуренции (*OFT*), и прецедентное дело не «чисто» закончило судебную тяжбу, которая находилась в процессе.

Сложность прогнозирования развития подобных судебных дел стала одним из политических мотивов появления проекта реформы с целью усовершенствовать процесс рассмотрения коллективных исков посредством введения нового вида иска законопроектом о финансовых услугах 2010 г.⁷ Предполагалось, что данная реформа будет касаться исков по финансовым услугам, содержащих иски *opt-in* (механизм выбора в пользу присоединения к группе) или *opt-out* (механизм выбора в пользу выхода из состава группы) (в зависимости от выбора судьи). В конечном итоге

¹ [2011] EWHC 661 (TCC) at para. 22(6).

² См., например, *Taylor v. Nugent Care Society* [2004] EWCA Civ 51, para. 22.

³ [2007] EWHC 2759 (QB), para. 42.

⁴ *Berwick v. Lloyds TSB Bank plc* (Birmingham CC, 15 May 2007).

⁵ *OFT v. Abbey National plc* [2008] EWHC 875 (Comm).

⁶ *OFT v. Abbey National plc* [2009] UKSC 6.

⁷ CII 18-25.

проект был свернут перед всеобщими выборами в мае 2010 г., и дополнительные правила, составленные для ГПК¹, так и не вступили в силу.

В качестве примера определенной непредсказуемости судебного возмещения по коллективным искам Порядок судопроизводства при групповых исках (GLO) показывает существование таких моделей, как судебный прецедент и типичное дело. В зависимости от ситуации обе модели используются в судопроизводстве. Такая возможность выбора делает групповые иски еще более непредсказуемыми, чем иски opt-out, осуществляемые на основе процессуальных норм, функционирующих в рамках соответствующих законов. Например, в деле *Pirelli Cable Holding NV v. Revenue and Customs Commrs*² был применен принцип судебного прецедента, в то время как в деле *Petroleum Co. Ltd. v. Addison*³ был использован типовой подход. В то же время в деле *Multiple Claimants v. Sanifo-Synthelabo Ltd.*⁴ был применен другой подход, а именно серия из шести предварительных действий, основанных на определенном наборе допущений.

Доступ к правосудию

В 1996 г. лорд Вульф назвал доступ к правосудию одним из трех ключевых принципов, на которых должен основываться каждый новый принцип рассмотрения групповых исков в Англии и Уэльсе. Его Светлость отметил, что каждый новый правовой порядок должен обеспечивать доступ к правосудию в тех случаях, когда те или иные действия затронули интерес многочисленной группы людей; при этом индивидуальный ущерб незначителен, что делает индивидуальные иски экономически нецелесообразными⁵.

Непреодолимое значение данного принципа для судебных процессов по групповым искам в Англии, пожалуй, лучше всего выражено в комментариях Совета гражданского судопроизводства Англии и Уэльса (CJC) с целью охарактеризовать состояние разрешения групповых исков в Англии и Уэльсе на 2008 г., а также предложить принципы создания новых групповых исков opt-in и opt-out.

Гражданское судопроизводство:

- 1) должно обеспечивать справедливый исход дела;
- 2) должно быть справедливым;
- 3) должно гарантировать сторонам равные возможности отстаивать свои законные права независимо от источника финансирования;
- 4) должно гарантировать сторонам необходимые возможности изложить свои доводы и ответить на доводы обвинения;
- 5) одни и те же нормы законы должны применяться одинаково в схожих делах (и наоборот);
- 6) судебные процессы должны вестись оперативно и экономически целесообразно, а также должны быть разумно и понятно организованы, обеспечивая участникам определенную стабильность. Осуществлять данные требования необходимо с помощью наиболее подходящей судебной системы.

¹ Как указано в CPR 19.IV.

² [2007] EWHC 583 (Ch).

³ [2003] EWHC 1730 (Comm).

⁴ [2007] EWHC 1860 (QB).

⁵ *Access to Justice: Final Report* (1996), ch. 17, para. 2.

Вышеизложенные положения демонстрируют, насколько велик вклад лорда Вульфа в развитие процессуальной правовой системы, которая в наше время является не менее важной, чем материальное право. По этой причине в своих рекомендациях по реформированию групповых судебных процессов Совет по гражданскому судопроизводству нередко ссылается на нормы процессуального права.

Правомочность данных положений была подтверждена судебной практикой, как, например, в деле *Afrika v. Cape plc*¹, когда LJ (судья апелляционного суда) Лонгмор выступил с такой речью: «Многосторонние процессы — сравнительно новое явление в английской судебной практике. В течение нескольких последних лет ведутся попытки разработать новые правовые нормы, касающиеся исков, дорогостоящих для предъявления в индивидуальном порядке. На проведение дел по данным искам, как правило, требуется много материальных средств, к тому же разрешение подобных процессов — очень трудоемкий процесс как для адвокатов, так и для судей.

Они, однако, могут помочь многим, кто получил серьезные увечья. Политика нашего суда — содействовать тому, чтобы эти иски попали в соответствующее судопроизводство, а также необходимым образом адаптировать традиционный порядок судопроизводства».

Экономика и правовая экономика

В своем обзоре гражданского процессуального права в Англии на 1996 г. лорд Вульф отметил экономические показатели как один из важных критериев оценки той или иной процессуальной нормы. Он заявил, что любая новая норма должна «обеспечивать быстрый, эффективный и целесообразный способ разрешения дела, в случае, когда размер индивидуальных убытков позволяет возбудить индивидуальный иск, но при этом большое количество истцов наряду с неоднозначностью предъявляемых претензий ставят под вопрос продуктивность обычной процедуры в данном случае»².

Как было отмечено ранее, контроль над рациональным и экономически целесообразным использованием ресурсов суда, несомненно, является одной из основных целей ГПК. Последние комментарии о важности данного вопроса можно найти в деле *Emerald Supplies Ltd. v. British Airways plc*³, возбужденном в рамках представительского иска, где говорилось, что независимо от того, был ли в этом «одинаковый интерес», судебный процесс «рассматривается с точки зрения достижения целей правосудия, экономии, эффективности и быстроты исполнения». В конечном итоге, данный иск оказался процессуально неправомерным.

Также следует отдельно подчеркнуть, что в вопросах компенсации ущерба в коллективных процессах Англии эффективность и финансовая целесообразность имеют особое значение в более широком контексте. Именно этим соображением руководствовался Совет по гражданскому судопроизводству, включая основные положения № 5 и 6 в отчет по усовершенствованию доступа к правосудию в ходе коллективных процессов: «Результативные коллективные иски, отвечающие экономической политике государства, создают здоровую конкуренцию и повышают

¹ [2001] EWCA Civ 2017, para. 1.

² *Access to Justice: Final Report*, ch. 17, para. 2.

³ [2010] EWCA Civ 1284.

эффективность рынка; в итоге в выигрыше оказываются как отдельные граждане, так и общество в целом. В то же время данные иски помогают защитить права личности. Наконец, проведение коллективного процесса может помочь ответчику завершить дело эффективно и без больших затрат, а также с более определенной однозначностью, чем при единичных исках».

Основываясь на вышеизложенных основных принципах, в 2008 г. Совет по гражданскому судопроизводству (*CJC*) предложил проект нового типового коллективного иска для Англии и Уэльса, который впоследствии был применен для разработки реформ юридического сектора, изложенных в Законе о финансовых услугах 2010 г.

Удержание от совершения противоправных действий

Согласно английскому законодательству, основной целью подачи коллективного иска является возмещение убытков потерпевшей стороне. Сложившаяся благоприятная ситуация по отношению к потерпевшей стороне, в чью пользу чаще всего разрешаются конфликты, в свою очередь, приводит к своего рода удержанию от повторных незаконных действий, ущемляющих права граждан. Совет по гражданскому судопроизводству (*CJC*) назвал подобное сдерживание немаловажным результатом успешно проведенного частного судебного процесса. (*Improved Access to Justice through Collective Actions*, p. 78–79, сноски опущены): «В результате подачи частного иска пострадавшая сторона должна получить возмещение убытков, установленное в соответствии с материально-правовыми нормами действующего законодательства о возвращении незаконно полученной прибыли. Данная своеобразная гарантия получения материальной компенсации в результате успешного разрешения частного искового процесса оказывает ощутимый сдерживающий эффект на противоправное поведение. В данном контексте как Управление добросовестной конкуренции (*OFT*), так и Комиссия Европейского Союза открыто признали, что вместе с государственной антимонопольной политикой судопроизводство по частным искам может оказать благоприятное действие на экономическую ситуацию в стране».

Высокоцитимый член Парламента Гордон Браун, бывший в то время министром финансов (Канцлером казначейства Ее Величества), во время составления бюджета на 2007 г. отметил планы государства как минимум в рамках антимонопольного права уделить особое внимание возможности удержания от совершения противоправных действий посредством усовершенствования системы возмещения убытков: «Возможность подачи частных исков — необходимое условие поддержания здоровой конкуренции. Эффективный правовой режим позволит пострадавшим от монополистической практики получить компенсацию за причиненный ущерб, расширит круг дел, подходящих для рассмотрения в рамках данного сектора, укрепит силу антимонопольного законодательства, усилит факторы, сдерживающие совершение противоправных действий, предотвратит принятие необоснованных решений в судопроизводстве»¹.

Справедливость

В своем обзоре гражданского процессуального права в Англии лорд Вульф также отметил особую роль справедливости и равноправия участников судебного разбирательства, так как в ходе любого процесса, с одной стороны, должны в равной

¹ HC Hansard 342, para. 3.45.

мере учитываться личные права как истцов, так и ответчиков, а с другой стороны, необходимо учитывать коллективный характер подобных исков¹.

На основе данного подхода в 1998 г. была сформулирована основная цель процессуального Кодекса, согласно которой для достижения справедливости необходимо гарантировать равноправие обеим сторонам и при этом вести дело оперативно и безотлагательно. Как уже было сказано, процессуальный Кодекс применяется относительно всех судебных процессов, включая коллективные иски в Англии и Уэльсе.

В своем отчете за декабрь 2008 г. Совет по гражданскому судопроизводству отметил, что справедливость должна служить «отправной точкой» для преобразования коллективных исков в системе современного судопроизводства².

2. Представительство

Виды представителей группы

Определение категорий лиц или организаций, имеющих право выступать от имени группы в ходе судебных процессов в Англии и Уэльсе было осложнено тремя спорными моментами: «...позволять ли «идеологическому истцу» выступать в качестве представителя: согласно существующим режимам групповых исков Англии, идеологические истцы не могут быть задействованы — сторона, имеющая определенный мотив для действий, а не организация, берущая на себя представление действий группы лиц, должна начинать и проводить судебное разбирательство. Согласно режиму *GLO* и Практическому руководству 19B, § 3.1, заявка на *GLO* «может быть подана либо истцом, либо ответственной стороной», и каждый истец должен соответствовать данному требованию. В случае представления некий вид «номинального» представления, казалось, поощрялся в раннем деле *Duke of Bedford v. Ellis* [1901] AC 1 (HL) 7, но с тех пор торговым ассоциациям, например, не удавалось подать иск от лица их членов в рамках процедуры представления (например, *Consortio del Prosciutto de Parma v. Marks & Spencer plc* [1990] FSR 530 (Ch), *aff'd* [1991] RPC 351 (CA); *Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd.* [1998] RPC 117 (Ch), *aff'd* [1999] RPC 826 (CA))».

Напротив, в недавнем деле с отраслевым представлением в сфере антимонопольного права — в 47B Законодательства о конкуренции (1998) — идеологический истец был обусловлен (а именно Английская ассоциация потребителей).

Кроме того, в реформах, предусмотренных для режима групповых исков согласно Законопроекту о финансовых услугах (2010), идеологический истец также допускался (*CPR* 19.21(3)).

Только ли предварительно назначенные или соответствующие определенным критериям организации могут выступать как представители? В случае разрешения идеологического истца среди законодателей время от времени возникает спор о том, только ли предварительно назначенные организации могут выполнять функцию представления истца (предварительно назначенные посредством какого-либо нормативно-правового акта) и может ли идеологический истец, соответствующий

¹ *Access to Justice: Final report*, ch 17, para 2.

² *Improving Access to Justice through Collective Actions*, p. 51.

определенным нормам, действовать подобным образом. В п. 47*B*, упомянутом выше, была выбрана первая опция (и пока ни одна организация не получала официальное право действовать подобным образом). С другой стороны, подход к групповым искам, используемый английскими законодателями по законопроекту о финансовых услугах (2010), был прямо противоположным: любая подходящая организация, удовлетворяющая соответствующим требованиям, могла выступать в роли представителя истца (*CPR* 19.21).

Является ли идеологический истец единственным участником или он дополняет собственно члена группы как представительный истец? По п. 47*B* режима антимонопольного законодательства непосредственно пострадавшее лицо не может осуществлять никаких действий в рамках данного режима. Противоположное положение режима представлено в законопроекте о финансовых услугах (2010), по которому либо идеологический истец, либо непосредственно пострадавший член группы может подавать иск на возмещение ущерба, в случае если это лицо является «подходящим».

Отбор/легализация/роль

У истца-представителя, действующего в рамках различных режимов коллективного возмещения ущерба, имеющих место в Англии, есть несколько критериев для обсуждения.

Выступая представителем, истец-представитель должен доказать, что его «интересы» совпадают с интересами членов группы. Это короткое условие, которое может выявить значительный судебный «багаж», часть которого стала известной в ходе некомпетентного в процедурном отношении разбирательства в деле *Emerald Supplies Ltd v. British Airways plc*¹.

Согласно Порядку судопроизводства при групповых исках суд может использовать прецеденты в соответствии с тем, что суд может «предусматривать для одного или более исков в списке групповых исков возможность выступать в качестве прецедентов» (*CPR* 19.13*(b)*). Порядок рассмотрения групповых исков не является представлением сам по себе, и, таким образом, было бы некорректно рассматривать прецедентного истца в этой роли. Однако любой прецедент может оказаться очень ценным для других истцов, чьи иски внесены в список.

Подобным образом, согласно реформам, предложенным в законопроекте о финансовых услугах (2010), данный режим предусматривал несколько критериев «соответствия» (*CPR* 19.21(2), (4)). Кроме того, он предполагал, что истец-представитель убедит суд в том, что он (она) сможет выплатить компенсацию ответственной стороны, которую ему (ей) будет предписано выплатить (*CPR* 19.21(2)(*b*)(*iv*)), таким образом, подчеркивая способность истца-представителя финансировать коллективный иск и покрывать соответствующие расходы ответственной стороны.

3. Поиск средств и финансирование

В английском гражданском судопроизводстве применяется процедура перераспределения расходов, и, как результат, истец-представитель должен быть способен

¹ [2009] EWHC 741 (Ch), aff'd [2010] EWCA Civ 1284.

оплатить расходы группы истцов по ведению дела (включая оплату расходов, которые могут быть предписаны) и любые неблагоприятные статьи расходов, в случае если он проигрывает.

Механизм финансирования

Используется большое разнообразие механизмов финансирования в английских групповых исках:

1) юридическая фирма истца может спонсировать судопроизводство по делу в рамках соглашения по оплате, которое разрешает юридической фирме возместить средний максимальный коэффициент 2 (на 100% выше) в случае успеха группового иска. Однако адвокатская фирма может и не финансировать групповой иск с оплатой в случае выигрыша дела по крайней мере в настоящее время;

2) третья сторона, являющаяся спонсором, может взять на себя обязательства финансировать групповой иск и обезопасить клиента от возмещения каких-либо неблагоприятных издержек (так, например, третья сторона финансировала процесс в деле *Emerald*). Обстоятельства, при которых третья сторона может взять на себя финансирование судебного процесса любого типа, сейчас находятся на рассмотрении, поскольку Свод нормативных действий все еще находится в разработке (его автором является член Рабочей группы);

3) страховая компания (страхование по окончании судебного процесса) может выбрать политику покрытия неблагоприятных издержек по просьбе истца, предъявившего представительский иск, в том случае, если истец проигрывает дело. Страхование по окончании процесса обычно используется как часть страховой программы коллективного иска, как средство уменьшить риск неблагоприятных издержек (часто это оплата значительных размеров, которая сама по себе может быть отсрочена);

4) политика страхования до начала дела подразумевает, по идее, общее страхование каждого члена группового иска;

5) члены группового иска сами по себе могут сделать долевым взнос в пользу общего фонда, чтобы оплатить коллективные издержки и одновременно оградить представителя истца от возмещения неблагоприятных издержек; к настоящему моменту этот подход имеет прецеденты в рамках группового судебного процесса в Англии. Так было, например, в делах *Equitable Life Group v. Railtrack Private Shareholders Action Group*;

6) Комиссия по предоставлению юридической помощи в Англии активно оказывала бесплатную юридическую помощь предъявителям коллективных исков. Если Комиссия оказывает бесплатную юридическую помощь, тогда та сторона в процессе, которой эта помощь оказана, будет застрахована от возмещения неблагоприятных издержек. Хотя данная Комиссия оказывала юридическую помощь множеству крупных и средних групповых исков в течение последних десяти лет, в финансовом плане иски отдельных клиентов обходились дешевле, нежели групповые иски (если не считать фармацевтических (медицинских) исков, одним из которых стало дело с приобретением бензодиазепина, которое обошлось Комиссии в 30–40 млн ф. ст.).

Другие способы финансирования, например через Систему дополнительной юридической помощи или финансирование с помощью средств Юридического

фонда, которые разрешены законом¹, возможны и рассматриваются в настоящее время.

Другие важные моменты

Положение с ценами в Англии и Уэльсе в настоящее время подвергается пересмотру и претерпевает значительные изменения в свете запроса о ценах Джексона. Этот запрос включил в рамках своих полномочий рассмотрение цен и финансирование коллективного возмещения — как то, что доступно, так и то, что предлагается в настоящее время².

Хотя сейчас в Англии оплата дела по результату и не разрешена в практике судебных споров, ситуация может измениться. Как ранее заключил Совет по гражданскому судопроизводству, «для коллективного возмещения регулируемые оплаты по результату дела должны быть доступны лишь тогда, когда невозможна никакая другая форма финансирования... чтобы обеспечить доступ к правосудию»³. Запрет оплаты по результату дела теперь рассматривается в рамках предложения о мировом соглашении сторон с учетом возмещения ущерба, которое содержится во второй части Законопроекта о юридической помощи, приговоре и наказании правонарушителей и находится в Парламенте на рассмотрении.

В Англии положение с финансированием неизбежно осложняется из-за истцов, которые стараются внести меньшую долю от разделения расходов в коллективных исках, пользуясь преимуществом, которые дают приказы, ограничивающие величину судебных расходов, как это обсуждалось в *AB&Leeds Teaching Hospitals NHS Trust*⁴. Из-за опасности того, что издержки при групповых исках могут бесконтрольно изменяться, согласно Кодексу поведения работников суда, должна иметь место опровержимая презумпция для покрытия расходов в судебных процессах по групповым искам⁵. Эта практика будет продолжаться, когда в Англии и Уэльсе новые групповые иски будут рассматриваться в суде.

4. Доступные средства судебной защиты

Определенные ограничения и трудности, очевидные при существующей системе

Сочетание определенного состава участников групповых исков и отсутствие какого-либо обеспечения общей оценки ущерба на основании этого неизбежно ограничивают размер компенсирующих платежей, которые может получить истец согласно или Закону о групповых исках, или Закону об экономической конкуренции, содержащемуся в п. 47B Законе о конкуренции 1998 г.

Например, в исключительном положении о судебных процессах, которое рассматривается в рамках п. 47B на сегодняшний день — *The Consumers Association & JJB Sports plc*⁶, — в связи с рядом обстоятельств было трудно выяснить, для кого же явля-

¹ См. s 194 *Legal Services Act* 1997.

² См.: Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report* (Dec 2009), ch. 33.

³ CJC, *Improved Access to Justice: Funding Options and Proportionate Costs: The Future Funding of Litigation: Alternative Funding Structures*, 2007, p. 68.

⁴ [2003] EWHC 1034 (QB).

⁵ *Improved Access to Justice: Funding Options and Proportionate Costs*, 2005, p 26, recommendation 7.

⁶ № 1078/7/9/07.

ются доступными средства судебной защиты. Так как существует система обязательного участия в иске, то наблюдается полное отсутствие общей оценки ущерба или какого-либо похожего порядка возмещения убытков. Более того, решение, принятое в *Devenish Nutrition Ltd & Sanofi-Aventis SA (Франция)*¹, говорит о том, что требования о возмещении убытков и подсчет доходов не будут доступны в делах о нарушении экономической конкуренции; также дополнительные штрафы не смогут быть применены к ответчику после того, как он уже выплатил первоначально установленный штраф. Это значительно затрудняет возможность добиться возмещения убытков во время представительского иска, установленного в рамках данной системы. Дело, начатое 9 января 2008 г. и касающееся суммы, полученной от продажи спортивных футболок по фиксированной цене, рассматривается во время повышения спроса.

Возмещение индивидуальных убытков каждого члена группового иска всегда оказывается сложным делом в Англии при рассмотрении представительского иска, с тех пор как по делу *Markt & Co Ltd & Knight Steamship Co Ltd*² было принято основополагающее решение. Одним из аргументов, которые приводятся в *Markt* касательно победы над одинаковыми интересами, было то, что каждый из членов группы (отправители груза, потерянного в море) имел несколько различных степеней убытков (ценность потерянного груза) и никто не был заинтересован в возмещении убытков, которые можно возместить посредством представительского иска, так же как и истец не имел никаких претензий на возмещение коллективного ущерба, который разделяют между собой все члены группового иска. Подтверждение ущерба было индивидуальным для каждого истца, так же как были различны и факторы, определяющие размеры ущерба. В последнем судебном процессе, касающемся искусственного фиксирования цен (*Emerald*), покупатели (члены группового иска) заявили, что они понесли индивидуальные убытки (были перечислены три различные категории ущерба), и привели в качестве средства судебной защиты «декларацию, согласно которой эти убытки по существу своему подлежат возмещению со стороны авиакомпаний-ответчиков в том, что касается каждого из этих трех видов ущерба» (ст. 9, § 2). Однако в ответ на ключевой вопрос, имели ли члены группового иска какие-то одинаковые интересы в начале судебного разбирательства, главный судья Морритт заявил, что ничего подобного не было. Его решение поддержал Апелляционный суд.

Некоторые наблюдения относительно распределения возмещенных убытков

Распределение возмещенных убытков не является чем-то новым в существующей системе судебного возмещения в Англии.

В деле, которое рассматривалось еще до появления Порядка судопроизводства при групповых исках (*GLO*) и в котором Ассоциация потребителей предъявила представительский иск автомобильной компании *Range Rover*, обвиняя ее в нарушении Закона о конкуренции, судебный процесс завершился согласием компании *Range Rover* выплатить 1 млн ф. ст., но не непосредственно тем, кто пострадал от искусственной фиксации цен, а Ассоциации потребителей, которая использует эти деньги для исследования автомобилей на уровень безопасности.

¹ [2007] EWHC 2394, aff'd [2008] EWCA 1086.

² [1910] 2 KB 1021 (CA).

При предъявлении представительского иска похожее распределение убытков произошло в деле *EMI Records Ltd & Riley*¹, где финансовая компенсация была выплачена не покупателям, которые приобрели пиратские кассеты, а Британской ассоциации звукозаписи для покрытия расходов компании, связанных с опознанием подделок, а также борьбой с незаконным копированием и пиратской деятельностью. Однако такие случаи редки при ныне существующей системе коллективных исков.

В реформах системы, предложенных в 2010 г., распределение возмещенных убытков было особенно тщательно рассмотрено в рамках законопроекта о финансовых услугах 2010 г., где п. 23(4) и (5) гарантировали, что в силу этого закона должно выплачиваться соответствующее обеспечение относительно остаточных средств (сюда могут быть включены: распределение убытков, по которому средства должны переходить в государственную казну и которое является соразмерным с распределением убытков между членам группового иска, обратный переход прав к ответчику, распределение убытков в пользу Фонда юридической помощи типа *SLAS* или же различные сочетания всего вышеупомянутого). Подводя итог этого законопроекта, само постановление все еще находится в процессе разработки.

5. Участие суда

Значимость управления делом

Управление делом — это неотъемлемая часть группового иска в Англии и Уэльсе. В самом деле, в отчете за декабрь 2008 г. Совет гражданского судопроизводства заявил, что требования при предъявлении коллективного иска должны быть подвержены очень внимательному рассмотрению со стороны главных судей. Это заявление было основано на трех главных причинах².

Первая из них состоит в том, что «коллективные иски из-за своей сложности занимают много судебного времени, и, кроме того, важно гарантировать, чтобы они правильно и обоснованно рассматривались при существующей системе управления делом, изложенной в п. 3.1 Гражданского процессуального кодекса, которая используется в соответствии с главной целью». Вторая причина состоит в том, что очень сложное и запутанное судебное разбирательство при предъявлении группового иска еще до появления в Англии Порядка судопроизводства при групповых исках (*GLO*) (например, дела Международного кредитно-коммерческого банка и компании *Equitable Life*) «ведет к тому, что критика рассмотрения подобных судебных процессов получает широкую огласку». Третья причина состоит в том, что в июле 2007 г. участники Арбитражного суда и рабочая группа судей, возглавляемые судьей Айкенсом, рассмотрели подход суда к управлению сложными делами и составили следующий документ — *Report and Recommendations of the Commercial Court Long Trials Working Party*. Многие из рекомендаций в этом отчете были призваны стать специальным руководством для судей и сторон, чтобы гарантировать эффективное управление судебными делами. Этот отчет (и пробный (эскизный) проект, следовавший за ним) акцентирует внимание на важности судебного вмешательства в сложные дела в рамках английского гражданско-процессуального права.

¹ [1981] 1 WLR 923 (Ch).

² *Improving Access to Justice through Collective Actions*, p. 161–162.

Совет гражданского судопроизводства постановил: «Принимая во внимание сходство между коллективными исками и сложными коммерческими делами, предполагается рассматривать их согласно рекомендациям, данным в отчете Айкенса и рабочей группы судей. Это заключение было сделано Советом гражданского судопроизводства в силу того, что в судах необходимо практиковать систему строгого рассмотрения дел на каждом этапе коллективного иска, для того чтобы не были утрачены эффективность и экономическая выгода, которые стали результатом подобных дел».

Управление делами находит поддержку в условиях *GLO*, и при этом в п. 19.10 ГПК указывается, что данная система подразумевает порядок рассмотрения жалоб, которые дают ход общим или взаимосвязанным вопросам по факту или по закону (вопросы системы *GLO*) с дальнейшими обширными возможностями рассмотрения этих дел, что обусловлено п. 19.13 ГПК. Эти указания используются вкупе с общими постановлениями, относящимися к управлению делами и изложенными в ч. 3 ГПК.

Привлечение к суду посредством сертификации (авторизации)

Что касается сертификации (авторизации), согласно Порядку судопроизводства при групповых исках выделяются следующие пять критериев:

- численность (существует определенное количество жалоб (п. 19.11(1) ГПК));
- общность (необходимо давать ход общим или взаимосвязанным по факту или по закону вопросам (п. 19.10 и 19.11(1) ГПК));
- соответствие (управление делами согласно Порядку судопроизводства при групповых исках (*GLO*) должно соответствовать важнейшим целям ГПК, что позволит суду выносить справедливый приговор);
- предварительные обоснования (прежде чем рассматривать дело согласно Порядку судопроизводства при групповых исках (*GLO*), требуется согласие Верховного судьи, младшего судьи канцелярского суда или Главы гражданской юстиции, в зависимости от того, какое из них является подходящим (Практическое руководство, гл. 19B, § 3.3));
- преимущественное право (дело не будет рассматриваться согласно системе *GLO*, если наиболее подходящим вариантом будет объединение жалоб или представительских исков (Практическое руководство, гл. 19B, § 2.3)).

Что же касается представительских исков, ст. 19.6 ГПК устанавливает два критерия сертификации: «одинаковые интересы» и «наличие более чем одного участника», разделяющего жалобы и притязания представителя иска. Эти два критерия определяются не в силу формальной сертификации процесса, а в силу возражений ответчика по поводу компетенции суда при рассмотрении представительских исков.

Примечательно то, что общие положения законопроекта о финансовых услугах 2010 г. подтверждают, что предложенные изменения, касающиеся одобрения сертификации, требуют «разрешения суда... необходимого, чтобы подать коллективный иск» (об этом говорится в § 19.17(2) ГПК), пока не вступила в действие специальная система рассмотрения исков, связанных с трудовой деятельностью, в Суде по трудовым делам. Сертификация любого коллективного иска в обязательном порядке рассматривалась в рамках изменения английского закона, где целенаправленно избегался неформальный подход к сертификации, который, в свою очередь, предпочли составители австралийской системы рассмотрения групповых исков.

Некоторые критерии сертификации были включены в положения ГПК:

- общность (иск должен отражать «одинаковые, похожие или взаимосвязанные интересы» всех участников группы (п. 19.16 ГПК, определения));
- подходящий представитель (предъявить иск может либо «идеологический истец», либо член группы, интересы которого непосредственно затрагиваются в данном судебном разбирательстве (п. 19.21(3) ГПК));
- преимущественное право (коллективные иски должны использовать «наиболее подходящие средства для вынесения справедливого и эффективного приговора» и должны «насколько это возможно, соответствовать важнейшим целям» (п. 19.20(2)(b) ГПК));
- минимальный размер группы (минимальное количество членов группового иска, которые должны заявить в суде об общей предъявляемой ими жалобе («идентифицируемые участники») (п. 19.20(2)(a) ГПК));
- граница предварительного обоснования (недостаточно обоснованный судебный иск (однако не настолько необоснованный, чтобы быть исключенным из процесса рассмотрения судом) может не пройти сертификацию, поскольку «при любых обстоятельствах» он не должен быть сертифицирован (п. 19.20(2)(c) ГПК));
- утверждение истинности (предъявитель представительского иска должен заявить, что он уверен в том, что иск имеет реальные возможности для удовлетворения (п. 19.18(3)(c) ГПК));
- определение затрат-выгод (когда суд выносит решение, является ли групповой иск самым подходящим способом справедливого и эффективного решения общих вопросов, он должен принимать во внимание «затраты и выгоды, соответствующие предъявляемому коллективному иску» (п. 19.20(3)(a) ГПК)).

Некоторые другие моменты, касающиеся вмешательства суда

Нужно отметить следующие два момента. Во-первых, английские судьи придерживаются пассивной политики относительно управления расходами во время сложного судебного процесса. Типичным примером может послужить высказывание *Brooke LJ* в деле *Adam Musa & Telegraph Group Ltd.*¹, что установление предела расходов было бы желательным, поскольку «для судов намного лучше изначально контролировать степень расходов, чем реагировать уже после того, как дело закончено и расходы подсчитаны».

Во-вторых, хотя судебная санкция оплаты расходов, которая предусмотрена либо Законом о групповых исках, либо при предъявлении представительского иска, не требуется и в действительности даже не разрешена, этот вид юридического следствия был рассмотрен в рамках реформ 2010 г., которые привели к вступлению в силу законопроекта о финансовых услугах 2010 г. Было заключено, что в условиях данной системы при любом соглашении сторон или приостановлении производства дела при предъявлении коллективного иска требуется согласие суда²; авторы данных постановлений уверены в том, что «объективное слушание» — такое, каким оно является в судебной системе Соединенных Штатах, — всецело основано на логике и справедливости.

¹ [2004] EWCA Civ 613, para. 92.

² Предложено *CPR* 19.37.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

В настоящее время часть судебной практики, касающаяся рассмотрения групповых исков в Англии и Уэльсе, не представляет собой прообраз американской системы, которая характеризуется выходом из группы участников иска с возможностью общей оценки всех убытков, а также их распределения, с сертификацией и объективным слушанием в случае разрешения дела. Система, которая объединила в себе все эти аспекты, была предложена в рамках законопроекта о финансовых услугах 2010 г. (п. 18–25), однако ее разработка была приостановлена, и с тех пор как прошли выборы и изменилось правительство, введение данной инновации пока не возобновлялось.

Однако в своем отчете от декабря 2008 г. Совет гражданского судопроизводства отметил, что действительное и очевидное использование американской системы рассмотрения групповых исков получило отрицательные отзывы в Англии, но такого рода комментарии должны рассматриваться на общем фоне, поскольку «различия между двумя юрисдикциями многочисленны и значительны».

Приняв во внимание все вышесказанное, Совет гражданского судопроизводства заключил следующее:

- хотя перераспределение расходов встречается в американской системе судебных процессов согласно некоторым постановлениям, обыкновенные правила судебной системы гласят, что каждая сторона в процессе несет свои издержки; при этом в Англии перераспределение расходов считается нормой, и это перераспределение расходов с последующей возможностью возмещения неблагоприятных издержек и обеспечения судебных издержек является значительным препятствием для проведения несправедливого судебного процесса в Англии;

- требования по публикации отчетов, связанных с финансовой стороной дела, в США соединяют в себе использование устных и письменных опросов (обычно приобщенных к материалам дела) и являются более обширными и сложными, чем в Англии, и вследствие этого предположительно более дорогостоящими;

- суды присяжных в США, конституционно закрепленные в качестве федеральных судов, имеют гораздо более широкие полномочия, чем в Англии, где сфера их юрисдикции распространяется лишь на такие преступления, как обман, клевета, умышленная ложь и неправомерное лишение свободы. В результате этого неопределенность относительно того, как присяжные заседатели будут рассматривать конкретные обстоятельства группового иска и оценивать степень ущерба, является значительным фактором судебного процесса в Англии, однако это не касается гражданских процессов;

- как было сказано ранее, такое рассмотрение дел широко применяется в случае сложных судебных процессов в Англии; при этом, если мы сравним английскую систему с американской, мы увидим, что некоторые американские судьи предпочитают порядок, согласно которому суды отвечают на групповые ходатайства, сами при этом оставаясь не вовлеченными в судебный процесс и таким образом придерживаясь менее активной позиции по отношению к ходу дела;

- соглашения об оплате дела по результату, основанные на процентном соотношении, не используются в Англии при представительстве в суде, которое возможно в большинстве дел, разбирающихся в судах (но не обязательно в третейских судах);

при этом оплата дела по результату широко используется в американской судебной системе, и даже если бы оплата дела по результату была разрешена в Англии (как говорилось выше), кажется маловероятным, чтобы эта тенденция прочно укоренилась в английской судебной системе;

- доступность штрафных убытков строго ограничена в Англии согласно постановлению *Rookes & Barnard* (и возмещение убытков в тройном размере также недопустимо); при этом в США штрафные убытки и убытки в тройном размере встречаются гораздо чаще.

Эти несколько различий, разумеется, не делают невозможным введение в Англии и Уэльсе эффективной системы группового иска с возможностью выхода участников. В значительной степени это будет зависеть от реальной необходимости ввести данный порядок, от тщательно взвешенного и обдуманного проекта, от возможных затрат и способов финансирования. Однако введение подобной системы требует политического стимула, и в силу этого оно пока откладывается.

Примечания

1. Хотя автор и является членом Юридического совета Англии и Уэльса, взгляды, выраженные им в данной статье, носят частный характер и ни в коем случае не могут быть рассмотрены как позиция официального лица.

2. Темы, которым посвящен приведенный отчет, впоследствии обсуждались рядом авторов в работах, список которых приводится ниже:

Recent Milestones in Class Actions Reform in England: A Critique and a Proposal // (2011) 127 *Law Quarterly Rev.* 288–315.

Costs and Funding of Collective Actions: Realities and Possibilities (A Research Paper for submission to the European Consumers' Organisation (BEUC), Brussels, Feb 2011), vii + 133 pp.

Inaugural Presentation (Feb 2011) // <http://www.law.qmul.ac.uk/events/podcasts/mulheron2011/index.html>

Civil Justice Council of England and Wales, *Draft Court Rules for Collective Proceedings (Covering Note and Rules)* (2 Feb 2010) (автор была членом рабочей группы CJC/MOJ/CPRC, которая разработала соответствующие правила).

Opting In, Opting Out, and Closing the Class: Some Dilemmas for England's Class Actions Law-Makers // (2010) 5 *Canadian Business LJ* 376–408.

Costs Shifting, Security for Costs, and Class Actions: Lessons from Elsewhere // D. Dwyer (ed.), *The Tenth Anniversary of the Civil Procedure Rules*, OUP, Oxford, 2010, ch. 10, 183–228.

The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis // (2009) 15 *Columbia J. of European Law*, 419–462.

Cy-Pres Damages Distributions in England: A New Era for Consumer Redress // (2009) 20 *European Business L. Rev.* 307–342.

Civil Justice Council of England and Wales, *Improving Access to Justice through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions* (Dec 2008) (автор была одним из разработчиков).

Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need (Research Paper for Submission to the Civil Justice Council, Feb 2008), ix + 161pp.

Justice Enhanced: Framing an Opt-out Class Action for England // (2007) 70 *Modern L. Rev.* 550–580.

The Modern Cy-pres Doctrine: Applications and Implications, London, Routledge Cavendish, 2006.

Some Difficulties with Group Litigation Orders – and Why a Class Action is Superior // (2005) 24 *Civil Justice Quarterly* 40–68.

From Representative Rule to Class Action: Steps Rather than Leaps // (2005) 24 *Civil Justice Quarterly* 424–449.

The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, Oxford, Hart Publishing, 2004.

Элизабетта Сильвестри (*Elisabetta Silvestri*)¹

ИТАЛЬЯНСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Введение

Прежде чем обратиться к вопросам, подготовленным основным докладчиком, необходимо сделать некоторые вступительные заявления, которые послужат вводной информацией для доклада о состоянии дел в Италии. Мы надеемся, что они помогут понять причины, по которым некоторые подлежащие обсуждению вопросы, касающиеся групповых судебных процессов в Италии, не могут быть изложены подробно.

Несмотря на то что научные дискуссии о возмещении ущерба группам лиц в Италии проходили еще в 70-е годы, первые попытки принятия форм группового иска о возмещении ущерба были сделаны ближе к концу 2007 г. в связи с финансовыми неудачами с участием итальянских корпораций (таких, как *Parmalat*, *Cirio* и *Giacometti*), которые негативно сказались на интересах тысяч инвесторов. В предыдущие годы отсутствие любых форм групповых исков для пострадавших от ущерба, причиненного неправомерными действиями, вызвало то, что отдельные гражданские иски и судебные процессы по делам о банкротстве буквально хлынули потоком. Волны итальянских финансовых скандалов докатились даже до других стран, таких как Соединенные Штаты Америки, где был подан и успешно поддержан ряд групповых исков.

Правило, принятое в 2007 г. и внесенное в Кодекс прав потребителя в качестве новой статьи (ст. 140bis), никогда не использовалось, так как его вступление в силу откладывалось несколько раз. В конце концов в 2009 г. в правило были внесены поправки, и оно было фактически переписано. 1 января 2010 г. данное правило вступило в силу, но в связи с законодательными процедурами, слишком сложными для объяснения здесь, новый групповой иск (*Azione di classe*) был представлен

¹ Профессор Университета Павии (*University of Pavia*) (Италия).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

только для требования возмещения убытков, понесенных в результате действий (или бездействия), совершенных ответчиком после 15 августа 2009 г. Эта дата очень важна, поскольку с указанного момента не допускается использование группового иска в именно в тех случаях, которые побудили итальянских законодателей обратить внимание на коллективные компенсации. Другими словами, вышеупомянутые инвесторы, пострадавшие от финансовых неудач, а также отдельные лица, которые были вовлечены многими итальянскими банками в покупку печально известных облигаций *Tango* (а именно аргентинских), никогда не смогут объединить свои претензии в один групповой иск, так как события происходили задолго до знаковой даты 15 августа 2009 г.

По состоянию на июнь 2011 г. только шесть групповых исков были возбуждены по всей стране. Из этих шести исков только один мог быть принят (с точки зрения групповых исков в Америке дело могло быть сертифицировано в качестве группового иска). Слушание по рассмотрению дела было назначено на середину июня, но докладчик не смог собрать информацию о том, что произошло: возможно, дело было перенесено или суд отложил вынесение решения в связи с ходатайствами обеих сторон. В любом случае можно предположить, что в силу группового рассмотрения или же слушания дела в суде пройдет довольно долгое время, прежде чем будет вынесено решение суда.

В свете вышесказанного и явного отсутствия «четкой буквы закона» по многим спорным вопросам, возникшим в соответствии с правилом, контролирующим итальянские групповые иски, по существу, данный доклад далее излагает некоторые теоретические наблюдения, касающиеся групповых исков в Италии. Большинство наблюдений не являются собственными идеями докладчика. Они заимствованы из огромного изобилия научных трудов, касающихся данного вопроса. На самом деле ученые интересуются анализом ст. 140 гораздо больше, чем она применяется на практике, что должно быть принято во внимание, так как данная статья способствует формированию культурных аспектов итальянских групповых исков.

Коллективные иски были изначально разработаны в рамках Закона о защите прав потребителей в соответствии с моделью, утвержденной несколькими директивами Евросоюза, которые Италия была обязана привести в исполнение (начиная с Директивы 98/27/CE до недавно вышедшей Директивы 2009/22/CE); позже эти иски стали доступными в рамках других законов: о защите окружающей среды, о правилах сделок с ценными бумагами и борьбе с дискриминацией. Несмотря на различие областей законодательства, на которые коллективные иски оказывают влияние, их объединяют по крайней мере две общие особенности. Первая: они могут быть возбуждены только «уполномоченными» лицами или органами (например, ассоциацией потребителей с постановления правительства). Вторая: единственным исковым требованием против ответчика может быть судебный запрет.

Так называемые «публичные» коллективные иски — это особый вид исков, которые могут быть поданы и отдельными лицами, и группами в административные суды с целью борьбы с бездействием госслужб, когда они не смогли действовать, несмотря на особые обязательства что-то сделать (например, администрация не уложила в сроки выполнения определенных условий). Суды не могут присуждать возмещение убытков, а только могут издать постановление, обязывающее администрацию (как ответчика) выполнить эти условия. Тот, кто хочет получить возмещение

ущерба, должен обратиться в гражданский суд и подать либо индивидуальный иск, либо — при соответствии всем необходимым требованиям — «частный» групповой иск (согласно ст. 140 Потребительского кодекса).

Все вышеописанное может навести на мысль, что итальянская правовая система всецело посвящена защите прав групп лиц и делу возмещения коллективного ущерба. К сожалению, разнообразию законодательных инструментов, доступному на бумаге, соответствует разочаровывающее отсутствие эффективности этих самых инструментов. Это зависит от самых разных причин, которые невозможно проанализировать в данном отчете. Достаточно сказать, что недостатки системы возмещения коллективного ущерба — это просто симптомы (и не самые серьезные) «болезни» всей системы итальянского правосудия. А это оказывает влияние на культурные аспекты уровня судебной защиты прав граждан — как личных, так и коллективных.

1. Цели

Главная цель, присущая коллективным искам по возмещению убытков, предусмотренная ст. 140 Потребительского кодекса, — получить доступ к правосудию. Согласно итальянской Конституции «любой гражданин может возбудить дело с целью защиты своих прав в соответствии с гражданским и административным правом» (ст. 24, ч. 1). Право на судебную защиту основано на принципах равенства, которые лежат в основе итальянской Конституции, ст. 3 которой гласит: «Все граждане имеют равное социальное достоинство и равны перед законом, вне зависимости от пола, расовой принадлежности, языка, религиозных убеждений, политических взглядов и положения в обществе».

На протяжении долгого времени специалисты ведут споры: полностью ли соблюдены конституционные гарантии, учитывая, что коллективные права не дают возможности требовать судебную защиту? Создается впечатление, что законодательство заботится только о правах личности, как это было в Гражданском процессуальном кодексе, что совершенно логично, учитывая, что он был выпущен в 1942 г. — во времена, когда не было понятия коллективных, «расплывчатых», трансиндивидуальных прав. Но в современном обществе невозможно проигнорировать тот факт, что число исковых заявлений, где несколько заявителей несут одинаковые убытки вследствие одинакового деликтного поведения других людей, неуклонно растет. Поэтому необходимо обновить значение понятия «доступ к правосудию», чтобы включить в него механизм возмещения коллективных убытков.

Появление групповых исков, по-видимому, заполнило пробел — но только «по-видимому», ведь групповые иски доступны лишь потребителям и пользователям. И даже при том, что можно утверждать, что так или иначе все мы — и потребители, и пользователи, было бы лучше, если бы законодатели более широко определили групповой иск, чтобы сделать его общим инструментом, доступным для любой группы людей, при условии что она отвечает некоторым требованиям. Например, численность возможных истцов и общность фактических или юридических вопросов, т.е. некоторые предварительные условия американских групповых исков, установленные Федеральными правилами гражданского судопроизводства (правило 23, п. а), могли быть приняты итальянскими законодателями как необходимые условия,

если они действительно добросовестно преследовали цель создания эффективного правового средства, с помощью которого могли быть объединены массовые претензии (затрагивающие группы людей, помимо потребителей и пользователей).

Что касается других целей, традиционно приписываемых групповым искам, т.е. изменения поведения и удерживания от совершения действий устрашением, то делать какие-либо прогнозы преждевременно, так как в Италии нет еще урегулированных или решенных групповых исков. Вспоминая, как итальянские деловые круги противодействовали принятию закона о групповых исках, можно предположить, что и изменение поведения, и удерживание от совершения действий устрашением вызывают большие опасения. Целесообразно сказать, однако, что оба побочных продукта групповых исков не должны быть переоценены в правовой системе, как в большинстве континентальных европейских правовых систем: это не позволяет судам налагать штрафные компенсации.

2. Представительство

В итальянских групповых исках о возмещении убытков в роли истца может выступать каждый член группы лично или через потребительские ассоциации — по своему выбору. Важно подчеркнуть это. Даже если ст. 140*bis* предоставляет исковую правоспособность «каждому члену группы», на начальном этапе судебного разбирательства есть только предполагаемая группа: с самого начала иск представляется как строго индивидуальный. И только в ходе судебного процесса «группа» (т.е. группа людей, которые утверждают, что они являются носителями «однородных прав», а точнее, прав, которые «идентичны» тому, по которому главный истец добивается финансовой компенсации) формируется через механизм присоединения к процессу с согласия потенциального участника. Если иск принят, издается приказ по решению суда в отношении «соответствующего уведомления» для членов группы; тем же самым приказом суд устанавливает крайний срок для присоединения к процессу с согласия потенциального участника. Участники, которые присоединились к процессу с выбором в пользу присоединения, связаны результатом иска, даже если их не считают сторонами по иску, который — со строго процедурной точки зрения — происходит между главным истцом и ответчиком.

Общеизвестно, что механизм присоединения к процессу с согласия потенциального участника неудобен, тем более для итальянских групповых исков, так как период времени для присоединения к процессу может быть относительно небольшим и так или иначе не может превышать 120 дней. С другой стороны, механизм присоединения можно сделать более привлекательным — правилом, согласно которому, как только период времени для присоединения к процессу с согласия потенциального участника истек, никакой другой групповой иск не может быть предъявлен к тому же ответчику на том же основании.

Законодатели не обращали особого внимания на проблему того, насколько честно истец способен представить интересы группы. Верно, что суд может отказаться принять иск, «если истец кажется неспособным предоставить надлежащую защиту интересам группы», но это — единственная отсылка на проблему адекватности представления (и никакой закон не разъясняет этот вопрос). Так как Италия принимает механизм присоединения к процессу с согласия потенциального участника,

проблема может рассматриваться как менее серьезная, чем в тех правовых системах, где действует механизм автоматического присоединения к процессу с возможным отказом и где права отсутствующих участников могут быть подвергнуты риску из-за небрежности главного истца. В то же время процедуры согласия на присоединение — в определенной степени рискованный шаг, особенно для Италии, учитывая, что те, кто выражает согласие, не становятся сторонами дела; следовательно, присутствует не только недостаточная законодательная инициатива в отношении проведения судебного процесса, но и неспособность контролировать, на самом ли деле истец действует с максимальным учетом их интересов.

3. Поиск средств и финансирование

Утверждают, что групповые иски практически не имеют успеха в Италии в связи с недостатком финансового стимулирования. Действительно, среди многочисленных неоднозначных аспектов групповых исков в Италии большую роль играет нехватка специальных положений касательно необходимого финансирования. Групповые иски подчинены тем же правилам и применяются по той же схеме, что и гражданские и экономические. Стоит упомянуть о двух правилах, которые заслуживают отдельного внимания: первое правило, согласно которому каждая сторона несет ответственность за расходы (предполагается, что сторона предоставляет заем на начальные средства, необходимые для дела, которое сторона возбудила); второе правило (так называемое «проигравший платит»), которое возлагает на каждую сторону ее или его затраты и расходы только в случае возникновения определенных условий.

Несколько групповых исков в итальянских судах, рассмотренных к настоящему моменту, были возбуждены ассоциацией потребителей в лице отдельных заявителей; вероятно, что потребительская активность больше связана со стремлением получить доступность на более высоком уровне, нежели с надеждой извлечь выгоду от выигранного дела.

Несколько резкое клише «короли правонарушений», обозначающее предприимчивых адвокатов, которые действуют в качестве движущей силы групповых исков, не соответствует итальянскому суду. Американские юристы могут позволить обеспечить субсидирование исков, поскольку они полагаются на соглашение об условном адвокатском гонораре. В Италии аналогичные соглашения запрещены; итальянские адвокаты могут заключать соглашение, в соответствии с которым они вправе получать не процент возмещения ущерба для своих клиентов, а вознаграждение, которое полагается сверх регулярного гонорара (рассчитывается согласно обязательной ставке, одобренной Правительством) за успех от выигранного дела. Вероятнее всего, этого недостаточно для того, чтобы превратить групповые иски в прибыльное дело. Но даже если бы непредвиденный гонорар был законным, обжалование групповых исков для адвокатов не возросло бы: процесс компенсации в итальянском суде — это возмещение строго фактических убытков, поскольку, как уже упоминалось ранее, штрафное возмещение денежных средств не допускается. Говоря о компенсации, члены группы могут взыскать за убытки, но не стоит забывать, что возмещение ущерба судом даже участникам группы вполне может стать бегом с препятствиями. Это обусловлено не только тем, что действовать они могут лишь по принципу модели об обязательном согласии, но и не исключена

возможность того, что суд вынесет приговор в пользу ответчика, тем самым ограждая себя от установления критериев, по которым должен быть рассчитан ущерб, причиненный каждому члену иска. Как бы ни было жаль, но в этом случае каждому отдельному члену группы придется подавать свой гражданский иск, для того чтобы суд смог применить вышеупомянутый критерий возмещения и в конечном итоге присудить ей или ему компенсацию за убытки.

Чтобы завершить вопрос о финансировании групповых исков, стоит отметить еще один момент. Оказание финансовой поддержки сторонними лицами возможно, так как это официально не запрещено ни в одном своде правовых норм. Несмотря на это, существует недостаток правовых актов, и, более того, любое судебное разбирательство по данному вопросу помещает привлечение третьих лиц в разряд спорной области юрисдикции, которую, по всей видимости, ни у кого нет желания исследовать.

4. Доступные средства судебной защиты

Данный вопрос был рассмотрен во вступительной части настоящего доклада.

5. Участие суда

Роль суда на начальном этапе в групповом итальянском иске была уже описана: дело может быть рассмотрено, только если суд посчитает его юридически допустимым (т.е. он удостоверяет его как групповой иск), установив, что все требования соответствуют ст. 140 Потребительского кодекса.

Среди фактов, которым суду положено дать оценку, один в особенности дает возможность «отфильтровать» предполагаемые коллективные иски на основе прогностической оценки их существенности: фактически в сертификации может быть отказано, если доказана «явная необоснованность».

Когда речь заходит о порядке расчетов, ситуация абсолютно неудовлетворительна. Италия не имеет правила, подобного Федеральным правилам гражданского процесса (*FRCP*) 23(e). Проблема предоставления суду полномочий так, что он может выступать в качестве защитника справедливости, разумности, достаточности расчетов в групповых исках, не была урегулирована итальянскими законодателями. Закон, регулирующий возмещение убытков в коллективных исках, в некоторой степени пересекается с законом, регулирующим заключение мировых соглашений в гражданских и торговых делах. Специалисты пытаются разобраться в правилах, которые иногда противоречат друг другу и частично дублируются, но их усилия не приносят пользы. Приходится набраться терпения и ждать, будут ли суды расположены к решению этой правовой головоломки и сыграют ли решающую роль в предотвращении ошибок в разрешении споров.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

Итальянский коллективный иск — это далеко не американский групповой иск. Безусловно, процедура, когда присоединение к судебному процессу происходит

с согласия потенциального участника, — значительное отступление от американской модели, но также и другие аспекты итальянских коллективных исков и возмещения убытков имеют мало общего с тем, как групповые компенсации выплачиваются в Соединенных Штатах. Кроме того, существуют такие проблемы, как отсутствие особых порядков, регулирующих вопросы привлечения средств и финансирования групповых исков, наряду со справедливостью коллективных расчетов и, более того, технические вопросы, касающиеся организационных аспектов коллективных и групповых исков. Что больше всего отличает Италию от американского опыта ведения дел, так это разная «культура судебного процесса». Это, в свою очередь, показывает, как так называемая частная исполнительная служба (в групповых исках) до сих пор недостаточно развита даже в отношении дел, в которых тот или иной индивидуальный иск может ни к чему не привести истца (например, потому, что судебные издержки превосходят значение иска) и государственное исполнение доказало свою слабость и неэффективность. В случае с Италией вопрос коллективных компенсаций не может быть вырван из широкого контекста — ситуации с гражданским судопроизводством в целом. Хорошо известно (даже на международном уровне), что Италия не является «светочем цивилизации», когда речь заходит об исполнении правосудия. Будет чудом, если механизм коллективных исков будет работать как швейцарские часы в стране, где даже самый крохотный иск может длиться годами, прежде чем определится решение суда.

Если смотреть на вещи менее пессимистично, нужно признать, что Италия не единственная страна континентальной Европы, у которой возникли трудности с разработкой эффективных и осуществимых форм коллективных компенсаций. В феврале прошлого года был выпущен рабочий документ с целью открытия общественного обсуждения по теме: «На пути к единому европейскому подходу в отношении коллективных компенсаций». В нем Еврокомиссия отметила, что в широком поле существующих моделей коллективных компенсаций Евросоюза «каждая национальная система уникальна, и в этой области нет двух похожих систем». Очевидная проблема, которая вызвана такой многочисленностью национальных систем, может быть разрешена, если будет сформулирована общеевропейская система коллективных компенсаций, основанная на общих принципах. Как это было в нескольких других случаях, Комиссия прояснила, что «любой европейский подход к коллективным компенсациям (судебным и (или) возмещающим) должен с самого начала избегать неправомерного судопроизводства», поскольку «многие заинтересованные стороны выразили убеждение, что они хотят избежать определенных злоупотреблений в отношении закона, которые случаются в США с их системой групповых исков». По этой причине, по утверждению Комиссии, американскую систему групповых исков следует держать подальше от европейских берегов. К сожалению, Комиссия не показала такую же решительность в усовершенствовании модели групповых исков как альтернативы коллективным искам. Может быть, в будущем Комиссия примет решение и разработает общеевропейскую форму коллективных компенсаций, в основе которой будут лежать общие принципы, соблюдение которых будет обеспечено национальными законодательными органами. Будем надеяться, что это поможет итальянской правовой системе — или, что более вероятно, заставит ее — изменить свое отношение к коллективным искам.

Основная библиография

В Италии имеется много литературы по коллективным и групповым искам. В силу того, что этот отчет будет направлен на Международный конгресс, докладчик решил познакомить читателей лишь с несколькими изданиями, рассказывающими об опыте Италии, но написанными на новом общепринятом языке научного сообщества — английском.

Calcagno N., «*Italian Class Action*»: *The Beginning* (March 15, 2011) // <http://ssrn.com/abstract=1875424>

Comolli R., De Santis M., Lo Pass F., *Italian Class Actions Eight Months // The Driving Forces* (16 September 2010) // <http://globalclassactions.stanford.edu/>

Hodges C., *Collective Redress in Europe: The New Model* // 29 *Civil Justice Q.*, 2010, 370.

Nashi R., *NOTE: Italy's Class Action Experiment* // 43 *Cornell Int'l Law. J.*, 2010, 147.

Silvestri E., *Italy* // Hensler D.H., Hodges C., Tulibacka M. (spec. eds.), *The Globalization of Class Actions, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 622 (1), 2009, 138.

Silvestri E., *The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions* // 35 *Revista de Processo*, 2010, 99.

Valguarnera F., *Legal Tradition as an Obstacle: Europe's Difficult Journey to Class Action* // *Global Juris*, vol. 10: Iss. 2 (Advances), Article 10 (2010) // <http://www.bepress.com/gj/vol10/iss2/art10>

Элен ван Лит (*Hélène van Lith*)¹

НИДЕРЛАНДСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Введение

Есть два режима коллективного возмещения массового ущерба в большинстве областей права, существующего в Нидерландах:

1. Первый — нидерландский Акт о коллективном урегулировании споров по причинению массового ущерба, также называемый *WCAM*, который вступил в силу в июле 2005 г.

2. Второй был введен в 1994 г. и состоит в коллективном праве подачи иска в случаях массового ущерба в соответствии со ст. 3:305a–c Гражданского кодекса Нидерландов (далее — ГКН).

Профессор Уокер подготовил для национальных докладчиков опросник относительно культурных аспектов судебных процессов по групповым искам, в котором особое внимание уделяется совместимости судебного процесса с использованием механизма *opt out* (выбор в пользу выхода из состава группы) или процесса «амери-

¹ Преподаватель Университета им. Эразма Роттердамского (*Erasmus University*) (Нидерланды).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

канского стиля». На основании материалов опросника становится ясно, что нидерландский Акт о коллективном урегулировании споров по причинению массового ущерба, или *WSAM*, имеет гораздо большую значимость, так как он был составлен под влиянием механизма урегулирования групповых исков в США. *WSAM* оказался эффективным, простым и относительно дешевым механизмом групповых исков. В недавних известных делах *Shell* и *Converium*¹ *WSAM* был выбран в качестве дополнительного инструмента для американских групповых исков и групповых соглашений, исключая иностранцев. В этой связи *WSAM* будет центральным пунктом данного Национального доклада по Нидерландам. Доклад попытается ответить на некоторые вопросы, предоставляя краткие комментарии и не вдаваясь в подробности. Ссылки на авторитетные источники будут избегаться в максимально возможной степени.

К п. 1

WSAM зафиксирован в ст. 907–910 кн. 7 ГКН и ст. 1013 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов. В основном *WSAM* предусматривает коллективное урегулирование на основе *коллективного мирового соглашения*, заключенного между одной или более *представительными организациями*, представляющими группу заинтересованных лиц, которым был нанесен ущерб, и одной или более *предположительно ответственными сторонами*. Как только мировое соглашение составлено сторонами, они могут *совместно отправлять запрос* в Апелляционный суд Амстердама (далее — Суд) об *обязательной декларации* коллективного урегулирования. Смоделированный на основе американской правовой системы коллективных соглашений, *WSAM* основан на механизме уклонения. Если Суд удовлетворяет запрос, то договор связывает всех людей, на которых распространяются его условия и которые представлены организацией-представителем, за исключением тех людей, которые сообщили, что не хотят быть связанными договором. Когда слишком много потерпевших сторон объявляют, что не хотят быть связанными соглашениями, соглашение предусматривает для ответственной стороны возможность отменить договор об урегулировании. Кроме того, пока слушания, касающиеся обязательной декларации, находятся на рассмотрении, другие имеющие место в это время (частные) слушания относительно требований, по которым соглашение предусматривает компенсацию, должны быть приостановлены по просьбе предполагаемой ответственной стороны².

К п. 2

Коллективное право на иск в соответствии со ст. 3:305a–c ГКН уполномочивает организацию или ассоциацию, созданную в соответствии с законодательством Нидерландов, начинать слушания, чтобы защитить коллективные интересы группы людей, при условии что эта организация представляет интересы группы в соответствии со своим уставом. Основной чертой этой нидерландской системы коллективных исков является то, что любая денежная компенсация исключена, и, таким образом, это действие не дает право представительной организации требо-

¹ *Shell, Court of Appeal Amsterdam of 29 May 2009, NJ (2009), 506. Converium, Preliminary Ruling Court of Appeal of 12 November 2010, LJN B03908.*

² Статья 1015 ГПК Нидерландов.

вать компенсации от имени людей, которых она представляет. Доступные средства возмещения ущерба, таким образом, ограничены деклараторными решениями в пользу заинтересованных сторон или судебными приказами. Кроме того, представительные организации сами являются участниками слушаний, поскольку они подают иск от своего имени. Как следствие, решение связывает только организацию и ответчика, а не отдельные стороны. Заинтересованные стороны или пострадавшие должны начать отдельные индивидуальные слушания по вопросам несения ответственности за ущерб, который надо компенсировать, по вопросам причинно-следственных связей и в каждом конкретном случае по вопросам суммы ущерба, который должен быть возмещен. По этой причине и в связи с отсутствием денежной компенсации данное коллективное исковое право Нидерландов значительно менее популярно как средство коллективного возмещения ущерба, особенно в случаях межнационального массового ущерба.

1. Цели

Основные цели WСAM подобны любым основным целям в законодательстве Северной Америки и касаются *доступа к правосудию и судебной экономии*. Другая дополнительная цель *WСAM* — завершенность или юридическая однозначность.

Что касается доступа к правосудию и судебной экономии, *WСAM* обеспечивает эффективный и действенный механизм коллективного возмещения убытков в случаях массового ущерба. Он предлагает коллективное возмещение относительно простым, справедливым и быстрым способом и позволяет избежать многократного повторения отдельных процедур. Это справедливо для обеих сторон.

Что касается заинтересованных сторон или пострадавших в случаях массового ущерба, *WСAM* позволяет получить финансовую компенсацию в течение относительно короткого периода времени в пределах стандартов справедливости и разумности. Это самая важная черта и особенность *WСAM*. *WСAM* базируется на предположении, что традиционный судебный процесс в каждом отдельном случае влечет за собой большие расходы и может занять много лет. Как следствие, — особенно в случае малых исков о возмещении небольшого убытка — заинтересованные стороны решают не начинать индивидуальные слушания. *WСAM* предлагает шанс для реалистичной компенсации при относительно низких затратах и не требует существенных усилий от заинтересованных сторон.

Подобная аргументация может быть приведена и для решений, предусмотренных для предполагаемых ответственных сторон. Не имея необходимости выдерживать долгие и многократные слушания, они могут найти разрешение спора в случае массового ущерба, договорившись с представительными организациями о коллективном соглашении, которое свяжет своими условиями значительное количество заинтересованных сторон, как только соглашение будет объявлено заверенным в Суде.

Основная цель обязательной декларации Суда состоит в том, чтобы в случае массового ущерба *окончательно разрешить спор* в целом и таким образом разрешить ситуацию для всех сторон. Заинтересованные стороны связаны соглашением, за исключением случая их отказа от соглашения. На практике заинтересованные стороны удовлетворены компенсацией, предусмотренной соглашением, которую

они не получили бы в результате отдельных слушаний или если бы и получили, то не с такими низкими или вообще нулевыми затратами. С учетом этих обстоятельств часто говорят, что *WSAM* предусматривает компенсацию, которую можно назвать «найденные деньги». В случае соглашения, заключенного в рамках *WSAM*, очень немногие из заинтересованных сторон, для выгоды которых было подписано данное мировое соглашение, от него отказываются (можно даже сказать, что подобных случаев не было). Кроме того, всего лишь небольшие проблемы возникают на стадии выполнения условий соглашения и оплаты компенсации. Совместный эффект обязательной декларации и того факта, что заинтересованные стороны удовлетворены соглашением *WSAM* и очень немногие решают от него отказаться, имеет своим результатом достижение определенной степени юридической однозначности. Это важный стимул для предполагаемых ответственных сторон оформить иск по возмещению массового ущерба в рамках *WSAM*, поскольку он предлагает им существенную степень уверенности относительно их финансовых обязательств по отношению к заинтересованным сторонам, которые будут на них возложены по условиям соглашения.

Что касается модификации поведения, важно подчеркнуть, что *WSAM* был принят, чтобы отвечать требованиям в своей области. Поэтому модификацию поведения нельзя рассматривать как одну из главных целей *WSAM*. Тем не менее важно отметить, что все соглашения *WSAM*, подписанные к настоящему моменту, были достигнуты в согласии и без конфронтации сторон. *WSAM* основан на идее коллективных переговоров вместо конфронтации при коллективной процедуре судебного разбирательства. Он способствует разрешению споров путем переговоров сторон и облегчает для них данный процесс. Только на поздней стадии результат этих переговоров подвергается одобрению Судом Амстердама, при условии что результат справедлив и обоснован. Считается, что этот подход улучшает систему гражданского судопроизводства в Нидерландах и менее распространен в правовых системах других стран.

Как это соотносится с той ролью, которую играли групповые иски американского стиля, и какие черты вашей системы гражданского судопроизводства схожи и отличны с ними?

Идея *WSAM* была связана с тем фактом, что коллективные соглашения успешно использовались в США в случаях коллективного возмещения массового ущерба. Однако этот прагматический (нидерландский) подход в *WSAM* отличается в одном аспекте: если мировое соглашение достигнуто, оно достигнуто без вмешательства суда и не в процессе рассмотрения группового иска, поданного в суд. Как следствие, нет никаких (начальных) «истцов» или «ответчиков», а есть просто заявители, которые совместно запрашивают обязательное соглашение для всей группы заинтересованных людей. Процедура основана на идее представительного судебного разбирательства, вовлекающего представительных участников вместо «ведущих истцов». Организации и ассоциации, представляющие заинтересованные стороны, заключают мировое соглашение не для того, чтобы связать его условиями себя, а для того, чтобы связать ими группу заинтересованных лиц, которых данная организация представляет. Это влияет на то, как ведутся переговоры. Как уже говорилось, *WSAM* основан на идее диалога вместо конфронтации в судебных разбирательствах.

2. Представительство

Роль *представительных организаций* в процедурах *WCAM* крайне важна, так как они договариваются и заключают мировое соглашение. Важно подчеркнуть, что представление организациями-представителями (или их поддержка) для заинтересованных сторон необходимо для заключения мирового соглашения. Без достаточной коллективной и мощной критической поддержки «договор (сделка)» не будет подписан и никакое мировое соглашение не будет заключено.

Правила для представительных организаций по *WCAM* сравнительно легко удовлетворить: *WCAM требует*, чтобы установленные законом цели организации-представителя состояли в том, чтобы представлять интересы людей, для которых она заключает соглашение. Это особое требование, предъявляемое к уставу ассоциации, привело, например, к отказу суда принять организацию-инвестора — пенсионный фонд — в качестве организации-представителя.

Нужно различать два типа организаций-представителей:

- 1) *типичные* организации-представители, представляющие интересы определенной группы, такие как Ассоциация потребителей или Ассоциация инвесторов; и
- 2) *специальные* организации-представители, которые согласно их уставу продвигают интересы людей, в пользу которых определенное мировое соглашение было заключено, такие как *Shell Reserves Compensation Foundation* и *Stichting Converium Securities Compensation Foundation* по соответственно *соглашению Shell* и *соглашению Converium*.

Организации-представители *не отбираются и не утверждаются* заранее, но Суд Амстердама в каждом конкретном случае *a posteriori* определяет, являются ли они *достаточно* представительными для представления интересов людей, от имени которых было заключено соглашение.

Требование достаточного — или соответствующего — представления является законным требованием, которое должно выполняться для того, чтобы Суд объявил соглашение состоявшимся, и оно имеет значительный вес для оценки Суда. Это особенно важно вследствие того, что организация-представитель может также представлять *неизвестные заинтересованные стороны* и что система основана на механизме уклонения (отказа).

Суд должен или объявить о заключении соглашения, или отклонить запрос. В отличие от американской процедуры сертификации, где американскому суду разрешается исключить определенных коллективных участников из группы или соглашения, Суду Амстердама не разрешено объявлять частичное заключение мирового соглашения в случае, когда требованию представления отвечает только определенная категория участников процесса. Суд, однако, может предложить сторонам изменить прошение и ограничить обязательное действие мирового соглашения теми заинтересованными сторонами, чье представление организациями и ассоциациями соответствует требованиям. Несомненно, что если мировое соглашение согласовано в пользу только ограниченного числа заинтересованных сторон, а не для всей группы, то заключение мирового соглашения становится значительно менее привлекательным для предполагаемой ответственной стороны; дело в этом случае будет рассматриваться на отдельных слушаниях, и заключительное решение не будет обеспечено.

Требование достаточного представления не должно быть определено только одним решающим критерием; соответствующее нормам представление организацией или ассоциацией складывается на основе нескольких критериев или комбинации критериев, таких как действия, предпринятые ассоциацией-представителем с целью защиты интересов ее членов, число заинтересованных сторон, которые являются членами ассоциации, и полное одобрение представления ассоциацией заинтересованными сторонами. Представление может также быть определено на основе той роли, которую ассоциация играла в представлении заинтересованных сторон в СМИ, или на базе того факта, что ассоциация действовала от их имени.

Успех *WCAM* в качестве средства урегулирования трансграничных случаев массового ущерба поднял вопрос о том, может ли и каким образом организация-представитель представлять иностранные заинтересованные стороны. Сам *WCAM* явно не требует, чтобы организация-представитель была создана в соответствии с законодательством Нидерландов. На практике организации-представители, которые до сих пор обсуждались, заключали и выполняли условия соглашений *WCAM*, являлись либо типичными голландскими ассоциациями, представляющими интересы особой группы, такие как Ассоциация потребителей («*Consumentenbond*») или Ассоциация инвесторов («*Vereniging van Effectenbezitters – VEB*»), либо специальными организациями-представителями, созданными в соответствии с законодательством Нидерландов. Итак, реализация на практике достаточного требования представления привела к тому, что несколько практических решений были найдены и используются с целью удовлетворить требование достаточного представления иностранных заинтересованных сторон.

- Первое решение заключается в письменном выражении поддержки, оказанной ассоциациями-представителями из других стран. В соглашении по *Shell* Английская инвестиционная ассоциация выслала такое письмо о поддержке, чтобы заявить об оказании поддержки английским заинтересованным сторонам мирового соглашения *Shell*.

- Второй метод заключается в том, что национальные организации-представители или другие страны, представляющие заинтересованные стороны, происходящие из тех же стран, становятся *участниками* нидерландской организации-представителя, ведущей переговоры по заключению мирового соглашения. Таким образом, каждая национальная группа заинтересованных лиц представлена (нидерландской) организацией-представителем. В случае с *Shell* специальный фонд *Shell* заключил соглашение о совместном участии с другими национальными группами-представителями или так называемыми «*ассоциациями-сестрами*», продвигающими интересы заинтересованных сторон из других европейских стран, и таким образом присоединил их к фонду *Shell* в качестве участников. Было важно убедить Суд Амстердама, что фонд *Shell* равноценно представлял иностранные заинтересованные стороны для обязательной декларации коллективного соглашения.

- Другой вариант заключается в том, что эти иностранные организации-представители становятся — по отдельности или в виде специального образования — участниками мирового соглашения и запрашивают его обязательную декларацию совместно с другими организациями-представителями и предполагаемым ответственным сторонами.

WSCAM не требует, чтобы каждая из организаций-представителей, подающих прошение, имела в своем уставе подтверждение права представлять интересы всех заинтересованных лиц, для которых заключается мировое соглашение. Не требуется также, чтобы каждая из организаций-представителей, подающих прошение, по отдельности обладала достаточным представлением относительно всей группы заинтересованных лиц, до тех пор пока каждая из них обладает достаточным представлением для достаточно большой группы представляемых лиц. Вопрос только в том, обладают ли организации-представители и ассоциации-представители совместно достаточным представлением для того, чтобы представлять интересы людей, от чьего имени заключено мировое соглашение.

3. Поиск средств и финансирование

Нет никаких определенных правил, регулирующих финансирование коллективных судебных процессов в Нидерландах. Поэтому коллективные судебные разбирательства преимущественно финансируются частным образом. Типичные ассоциации-представители, такие как Организация по защите прав потребителей Нидерландов, считаются «профессиональными инвесторами», но они тем не менее зависят от вкладов своих членов, и их фонды поэтому ограничены. Другие — специальные — организации-представители зависят от добровольных пожертвований, содействие которым оказывают заинтересованные стороны, в чем имеется риск «безбилетников» и что может привести к определенным проблемам.

Адвокатам — членам голландской адвокатуры — не разрешается применять правило «нет результата — нет оплаты» или взимать плату за непредвиденные обстоятельства. Но некоторые предпринимательские фонды — или посредники для определенной цели — действительно договариваются с заинтересованными сторонами на случай непредвиденных обстоятельств, так как запрет относится только к членам адвокатуры. Хотя дебаты по введению небольшой платы «американского стиля» за непредвиденные обстоятельства начинают открываться и находят все возрастающую поддержку, голландское восприятие финансирования в США состоит в том, что оно там ориентировано на адвокатов и приводит к чрезвычайно высоким затратам.

Нет никакой специальной (государственной) политики государственного финансирования организаций-представителей, определяющей, признаны ли они профессиональными «квалифицированными» образованиями¹ или специальными организациями для отдельного случая. Государственное финансирование, таким образом, осуществляется на разовой основе, например через юридическую помощь и (или) юридическую страховку. Все же проблемы появляются, когда традиционные правила юридической помощи и юридической страховки применяются для разрешения коллективных заявок. Кроме того, было поставлено под сомнение, гарантирует ли эта нехватка политики и стратегии общественной финансовой поддержки в данной области эффективный доступ к правосудию.

¹ Такие, как Организация по защите прав потребителей Нидерландов, основанная согласно Директиве 98/27/EC (*Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests* / OJ L 166, 11.6.1998, at 51–55).

Однако на практике финансирование процедуры *WSAM* не вызывает больших проблем и даже кажется самодостаточным с того момента, как соглашение заключено сторонами. Стороны — предполагаемые ответственные стороны и организация-представитель — несут расходы по проведению переговоров, осуществлению и выполнению мирового соглашения. Когда соглашение заключено, оно предусматривает, что предполагаемая ответственная сторона компенсирует организациям-представителям их затраты. Это также включает оплату и компенсацию других затрат, которые специальные организации-представители вынуждены были понести, осуществляя соответствующее представление международного уровня. В случае дела *Shell* непосредственно компания *Shell* — предполагаемая ответственная сторона — понесла значительные затраты по оплате надлежащего уведомления и наняла для этой цели судебных приставов. Этот самодостаточный способ финансирования коллективных соглашений по *WSAM* является еще одной важной причиной его успеха.

4. Доступные средства судебной защиты

а) помощь, которую оказывает WSAM

Первая разновидность помощи, обеспечиваемой условиями *WSAM*, состоит в предоставлении финансовой компенсации заинтересованным сторонам. Метод, обычно выбираемый при коллективном соглашении, именуется подходом «планирования ущерба», который основан на классификации ущерба заинтересованных сторон. Этот подход позволяет мировому соглашению дифференцировать различные группы или категории заинтересованных сторон, которым определяются различные в денежном отношении компенсации в зависимости от характера их (предполагаемого) требования. *WSAM* не претендует на то, чтобы способствовать «сплочению и примирению» заинтересованных сторон, а скорее обеспечивает некоторую форму финансовой помощи в зависимости от особенностей группы или категории, к которой принадлежит заинтересованная сторона.

В обмен на эту финансовую помощь заинтересованные стороны больше не имеют права начинать отдельные слушания (если только они не вышли из соглашения). Данный факт должен пониматься как второй вид помощи по *WSAM*, который обеспечивает завершение ситуации для предполагаемой ответственной стороны на основе превентивного эффекта обязательной декларации мирового соглашения. Этот превентивный эффект — одна из основных причин вступления в переговоры и важный стимул урегулирования.

б) коллективное право на иск

Почти все формы оказания помощи доступны при коллективном праве на иск, за исключением очень важной — материальной компенсации. Причина, по которой законодательство исключило материальную компенсацию, заключается в том, что иски по возмещению ущерба привели бы к сложностям в оценке индивидуальных требований. Самая распространенная получаемая помощь заключается в решении по установленному иску, устанавливающем обязательства по нанесенному ущербу и объявляющем, что предположительно ответственная сторона действовала

не в рамках закона против заинтересованных сторон, и в судебном запрете, предлагающем предположительно ответственной стороне действовать или воздержаться от действий по отношению к заинтересованным сторонам. Данное юридическое заявление не определяет причинно-следственные отношения или ущерб, и заинтересованные стороны должны будут начать индивидуальную процедуру для установления ущерба.

в) взаимодействие *WSAM* и коллективного права на иск

Тот факт, что денежная компенсация не предоставляется в соответствии со ст. 305a–c ГКН, приводит к интересному взаимодействию между этими двумя процедурами. Коллективное право на иск может играть важную роль, если оно используется для решения оставшихся нерешенными юридических вопросов, особенно в отсутствие для предполагаемой ответственной стороны риска выплачивать финансовую компенсацию. Решение по установленному иску в случае массового ущерба, объявленное судом на основании ст. 305a–c ГКН, может помочь сторонам разъяснить некоторые вопросы, облегчить переговоры на пути к заключению мирового соглашения и подтолкнуть их к урегулированию. Иными словами, возможность получения судебных решений по вопросу права в случае массового ущерба может стать важным стимулом для урегулирования, и предполагаемая ответственная сторона избежит столкновения с многократными отдельными судебными процедурами.

Поскольку предполагаемая ответственная сторона не находится под угрозой финансовой компенсации в случае коллективного права на иск, то считается, что риск соглашений «шантажа» значительно снижен благодаря меньшему давлению при улаживании массового требования. И наоборот, одним из важных стимулов для предполагаемых ответственных сторон заключать соглашение по *WSAM* состоит в том, что такое соглашение оставляет вопрос об ответственности открытым и поэтому не влияет отрицательно на их репутацию.

Нидерландская система коллективных судебных процессов делает акцент на коллективном соглашении по финансовой компенсации заинтересованным сторонам, создавая превентивный эффект коллективного соглашения с помощью обязательной к исполнению декларации суда, с одной стороны, и отказывая в денежной компенсации по коллективному праву на иск, с другой стороны.

Главная потребительская организация Нидерландов, *Consumentenbond*, часто заявляет, что тот факт, что *WSAM* полагается исключительно на готовность к урегулированию, представляет собой оборотную сторону *WSAM* или нидерландской системы групповых судебных процессов в целом. Имеется в виду, что в отсутствие реального коллективного иска с возможностью финансовой компенсации, нет никакого реального стимула решить проблему. Когда предполагаемые ответственные стороны не подготовлены к урегулированию, нет никакой процедуры, доступной для заинтересованных сторон, позволяющей им получить финансовую компенсацию каким-либо другим способом, кроме как путем начала отдельных слушаний. В случаях массового ущерба, требующего небольшую финансовую компенсацию, маловероятно, что заинтересованные стороны или потребители начнут дорогие и трудоемкие слушания, чтобы получить маленькие компенсации.

5. Участие суда

Для того чтобы объявить заключение соглашения, Суд Амстердама должен оценить три основных момента как важную гарантию против злоупотребления:

1. **Представление** организации(-ий) и ассоциации(-ий), поскольку суд анализирует, представляет ли соответствующая организация или ассоциация в достаточной степени интересы людей согласно ее уставу.

2. **Обоснованность** соглашения, поскольку суд отклонит запрос об обязательном действии, если размер компенсации, установленной в мировом соглашении, не будет разумен. Это означает, что суд должен оценить, разумна ли компенсация (в планировании ущерба) относительно степени и возможной причины предположительно понесенного убытка и достаточно ли гарантирована оплата предполагаемой ответственной стороной. Суд также оценит легкость и скорость, с которой может быть получена компенсация.

3. Во время слушаний представляемым пострадавшим дается возможность высказать свое мнение по поводу соглашения. Это влечет за собой третий решающий аспект процедуры заключения соглашения *WSAM*, а именно **надлежащее уведомление** «заинтересованных лиц», т.е. лиц, в интересах которых заключается мировое соглашение¹. Уведомление требуется на двух стадиях: во-первых, заинтересованные пострадавшие лица должны быть уведомлены, что слушания по обязательному заявлению были начаты для того, чтобы у них была возможность выразить свое возражение против данного обязательного соглашения, и, во-вторых, как только суд объявляет заключение соглашения, заинтересованным лицам нужно сообщить о соглашении, чтобы они могли решить, хотят ли они от него отказаться.

Поэтому одобрение суда относительно того, было ли уведомление на обеих стадиях сделано должным образом, крайне важно. На практике суд оценивает методы уведомления во время предварительного слушания дела. Суд даже может приказать, чтобы уведомление было сделано некоторым другим способом, с учетом международных договоров об уведомлении².

Суд также обязан тщательно исследовать: описывает ли соглашение (a) группу или группы людей, от имени которых соглашение было заключено, в зависимости от характера и серьезности их ущерба; (b) дает ли точную оценку числа заинтересованных сторон; (c) указывает ли сумму компенсации; (d) условия получения компенсации; (e) процедуру по установлению и получению оплаты и (f) имя и место жительства заинтересованных сторон в целях уведомления.

Полномочия суда по вмешательству в содержание соглашения ограничены: он может вмешиваться, только если размер компенсации, назначенной в соответствии с соглашением, или процесс определения компенсации оказались несправедливыми. Как указано выше относительно представления, суду не разрешается исключать определенную группу заинтересованных лиц.

Недавно предложенные изменения в *WSAM* предусматривают большее вмешательство суда, разрешая суду помогать в досудебных разбирательствах для того, чтобы идентифицировать основные моменты спора и поощрять стороны искать

¹ Статья 1013 ГПК Нидерландов.

² Стататья 1013(5) ГПК Нидерландов.

помощь посредников. Дополнительные меры также предложены для того, чтобы стимулировать готовность сторон договориться, облегчить переговоры и заключение мировых соглашений. Другое предложение — позволить суду вводить процедуру по требованию предварительных решений со стороны Верховного суда Нидерландов в случаях с *WSCAM*, что прояснит юридический статус сторон, ведущих переговоры.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

WSCAM не предусматривает групповые иски американского типа, но предусматривает одобренные судебные коллективные соглашения американского типа, равным образом основанные на системе выбора в пользу отказа от участия. Как указано выше, *WSCAM* смоделирован на основе американских коллективных соглашений и на том факте, что большая часть, или большинство, коллективных исков в США, Канаде и Австралии получают решение. К настоящему моменту Апелляционный суд Амстердама объявил о заключении пяти мировых соглашений по *WSCAM*, и обязательная декларация шестого — соглашение *Converium* — была затребована 9 июля 2010 г., тогда как устное слушание о сути этого ходатайства запланировано на 3 октября 2011 г. Среди шести мировых соглашений, заключенных по *WSCAM*, несколько содержат в себе иностранные элементы, а соглашение *Shell*, подписанное 29 мая 2009 г.¹, и соглашение *Converium*, достигнутое 8 июля 2010 г., были заключены с целью получения помощи для пострадавших лиц или заинтересованных сторон из Европы, которые были исключены из коллективных исков и соглашений США². Необходимость обеспечения помощи для неамериканских участников группового иска была основной причиной урегулирования по *WSCAM*, тогда как Нидерланды являются единственным государством, имеющим возможность оказать помощь путем коллективного соглашения, которое будет сочетаться с американскими соглашениями. *WSCAM*, как полагают некоторые, является новым экспортным продуктом Нидерландов, способным оказать помощь европейцам и другим неамериканским заинтересованным сторонам или пострадавшим в случаях массового ущерба.

Главной проблемой при внедрении групповых исков американского типа в Нидерландах будет обеспечение доступности финансовой компенсации при коллективном праве на иск. Законодательство Нидерландов не сделало явный выбор в сторону этого типа групповых исков, но вместо этого дало привилегию групповым соглашениям американского типа. Культура голландского прагматизма одобряет практическое решение, найденное в сфере гармоничных переговоров, вместо дорогой конфронтации в массе судебных разбирательств. Полномочия сторон в решении их споров основываются не только на культуре *WSCAM*, но и на культуре Нидерландов в целом.

¹ *Shell*, Court of Appeal Amsterdam of 29 May 2009 // *NJ* (2009), 506.

² О *Shell* см.: In re Royal Dutch Shell Transport Securities Litigation, U.S. District Court, District of New Jersey, 522 F.Supp.2d 712 (2007), 721. О *Converium* см.: In re Converium Holding AG Securities Litigation, U.S. District Court Southern District of New York, 537 F. Supp. 2d 556 (2008).

Библиография

Boom W. van, Arons T., *Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from the Netherlands* // *European Business L. Rev.*, (2010) Vol. 21, No. ° 6.

Explanatory Memorandum to the WCAM, Kamerstukken II 2003/04, 29 414, No. 3 (MvT).

Grinten P. van, *The Dutch Class Action (Financial Settlement) Act*, (2008) // www.rijksoverheid.nl

Lith H. van, *Dutch Collective Settlements and Private International law*, Amersfoort, Maklu publishers, 2011.

Lith H. van, *Case note Converium* // *Ondernemingsrecht* (2011), 3, 117–121.

Loos M., *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Country report The Netherlands*, 2008 // ec.europa.eu/consumers/redress_cons/nl-country-report-final.pdf

Schonewille W.M., *De financiering van collectieve acties* // *Ondernemingsrecht* (2010), 137.

Tzankova I.N., *Financiering en kosten van massaclaims: Legal realism. Ofwel wat kunnen we leren van de Engelsen (en van andere common law landen)?* // *Massaclaims, class actions op z'n Nederlands* / Stichting Mordenate College (ed.), Nijmegen, Ars Aequi Libri.

Tzankova I.N., *National Report The Netherlands, Part II*, 2008 // [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands National Report 2.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands%20National%20Report%202.pdf)

Tzankova I.N., *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer, Kluwer, 2007.

Дмитрий Туманов¹

РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

Развитие экономических и правовых отношений привело к тому, что в современной России, как и в других странах, обнаруживается насущная потребность в защите множества лиц, объединенных общими (однородными) вопросами права или факта. Увеличение потенциальных участников судопроизводства привело к тому, что такой классический процессуальный институт, как процессуальное соучастие, с решением этого вопроса не справляется. В связи с этим в научной литературе подчеркивается необходимость развития мер, позволяющих оптимальным образом защищать интересы многих субъектов.

В настоящее время можно сказать, что институт защиты интересов группы лиц в России находится на ранней стадии становления.

Нашему законодательству известны две формы защиты такого интереса. Речь идет: а) о защите прав и интересов неопределенного круга лиц, т.е. лиц, которых при рассмотрении конкретного дела нельзя персонифицировать (нередко такие

¹ Доцент МГЮА им. О.Е. Кутафина (Россия).

иски называют публичными групповыми исками); *b)* о защите прав и интересов многочисленной группы лиц, каждого из участников которой можно определить (такие иски нередко называют частными групповыми исками).

В данном случае важно, что в российском праве гражданские дела рассматриваются в двух относительно самостоятельных процессах: 1) арбитражном процессе, в котором, как правило, разрешаются конфликты между предпринимателями и (или) юридическими лицами (такие дела рассматриваются арбитражными судами, а порядок рассмотрения регламентирован АПК РФ); 2) гражданском процессе, в порядке которого рассматриваются все иные категории гражданских дел (правосудие в этом случае осуществляют суды общей юрисдикции, а порядок рассмотрения дела регламентирован ГПК РФ).

В свою очередь обозначенные выше формы защиты групповых интересов (публичные и частные групповые иски), регламентированы АПК РФ и ГПК РФ неодинаково.

Так, институт частных групповых исков в настоящее время нашел закрепление исключительно в АПК РФ, в то время как защита прав неопределенного круга лиц преимущественно применяется в гражданском процессе, хотя не исключается его применение и в арбитражном процессе. Рассмотрим проблемные вопросы этих институтов.

1. Защита неопределенного круга лиц (публичные групповые иски)

Считается, что посредством защиты неопределенного круга лиц происходит защита общественного интереса.

Думается, что общественный интерес заключается в наличии определенного блага, которое имеет значение для всего общества в целом или отдельной его части, а следовательно, и для конкретного члена общества¹.

В настоящее время для того, чтобы стать возможным предметом судебной защиты, такой интерес должен: а) быть благом, которое учитывается правом; б) не быть исключенным из судебной защиты.

Впервые возможность защиты неопределенного круга лиц была определена Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей). В настоящее время этот институт получил достаточно широкое распространение.

Необходимо учитывать, что в российском праве о возможности защиты неопределенного круга лиц может идти речь как в случае прямого указания в законе на такой круг (например, «неопределенный круг потребителей» (ст. 45, 46 Закона о защите прав потребителей)), так и тогда, когда необходимость такой защиты выводится из логики закона или природы правоотношения. Например, в преамбуле Федерального закона от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» ска-

¹ Более подробно об этом см.: Туманов Д.А. Некоторые вопросы защиты общественного интереса в российском гражданском процессе // Защита прав в России и других странах Совета Европы: современное состояние и проблемы гармонизации: Сб. науч. статей. Краснодар; СПб., 2011. С. 475–485.

зано, что «объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) народов Российской Федерации представляют собой уникальную ценность для всего многонационального народа Российской Федерации и являются неотъемлемой частью всемирного культурного наследия», следовательно, и при рассмотрении в суде вопросов, касающихся таких памятников, защите подлежит именно общественный интерес.

Каких-либо специальных правил рассмотрения дел в защиту прав и интересов неопределенного круга лиц закон не содержит, но в нем определены специальные условия возбуждения дела. Лица, которые входят в неопределенный круг и чей интерес является объектом защиты, в число участников процесса в данном случае не включаются, однако на них распространяются некоторые из свойств законной силы судебного решения.

Чаще всего правом на инициирование процесса по защите неопределенного круга лиц обладают не лица, которые входят в этот круг, а специальные субъекты, например органы государственной власти или общественные организации¹, а также прокурор (ст. 46, 45 ГПК РФ). Исключения из этого правила малочисленны. Примерами дел, по которым инициаторами процесса могут быть сами носители интереса, являются дела о возмещении вреда окружающей среде².

Вопрос о судебных расходах по таким делам решается следующим образом. В соответствии со ст. 45 и 46 ГПК РФ в случае обращения в суд специального лица или прокурора они освобождены от уплаты судебных расходов. В случае если дело проигрывает ответчик, то такие расходы возлагаются на него.

В то же время законодательное решение вопроса о защите прав неопределенного круга лиц имеет определенные недостатки.

1. Как уже было сказано, правом на обращение в суд по таким делам обладают только лица, которые специально оговорены в законе. Попытка обращения в суд субъекта, который не указан в законе, в таких случаях обречена на провал, поскольку ему будет отказано в принятии искового заявления по п. 1. ч. 1. ст. 134 ГПК РФ как лицу, подавшему заявление в интересах других лиц, но не имеющему право на такое обращение.

Подобное положение вещей мы находим не совсем правильным.

Необходимо учитывать, что зачастую те специальные субъекты, на которых закон возлагает право на инициирование процесса, с данной функцией не справляются. Это может быть вызвано различными причинами — от простой загруженности в работе и неусидчивости должностных лиц до умышленного нежелания вмешиваться в противоправную ситуацию. Результат же в любом случае один — отсутствие реальной возможности в некоторых случаях защитить общественное благо. Более того, то обстоятельство, что вместо обращения в суд заинтересованное лицо должно обратиться с просьбой о защите к специальному лицу, ограничивает его право на судебную защиту, поскольку вопрос о праве в данном случае будет первоначально решать не суд, а некий специальный субъект.

¹ Например, общества защиты прав потребителей.

² Часть 2 ст. 11 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «О охране окружающей среды» // СПС «КонсультантПлюс».

В данном случае также немаловажным является и вопрос об оперативности судебного вмешательства, поскольку длительность реакции специального субъекта может привести к тому, что благо, о котором заботится заинтересованное лицо, может попросту быть уничтоженным.

Поэтому полагаем, что в будущем необходимо расширять те случаи, когда лица самостоятельно смогут инициировать и поддерживать процесс по защите тех благ, которые принадлежат в том числе и им самим.

2. Еще одна проблема заключается в том, что далеко не все из того, что в действительности является общественным интересом, учитывается в соответствующем качестве законом или судебной практикой.

Тем самым налицо противопоставление того, какова природа интереса в действительности, тому, каким образом он учтен в законе или реализован на практике. Как правило, это происходит тогда, когда закон излишне узко определяет круг тех субъектов, кому принадлежит охраняемое благо.

Например, в порядке искового производства будет защищаться авторство и имя умершего автора (ст. 1267 ГК РФ). Нетрудно заметить, что в данном случае речь идет не о защите права конкретного лица, так как у умершего каких-либо прав уже нет. Не идет речь и о защите прав наследников умершего, поскольку правопреемство в данном случае невозможно. Защите в таком случае подлежит охраняемый законом интерес, выражающийся в объективно существующей потребности в достоверном знании о том, кто является творцом того или иного произведения. Очевидно, что такому интересу противостоит обязанность любых лиц не исказить это знание. ГК РФ определяет, что охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения в таких случаях осуществляется наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами. При этом под иными заинтересованными лицами доктрина и практика понимают не любого члена общества, а буквальных правообладателей или специальные организации¹. Аналогичным образом можно говорить о защите общественного интереса, когда идет речь о защите чести и достоинства гражданина после его смерти. Речь в данном случае идет в первую очередь об известных исторических деятелях. В то же время право на судебную защиту законом закрепляется за заинтересованными лицами, состав которых, так же как и в предыдущем случае, толкуется ограничительно. Например, ими называют родственников и наследников умершего².

Как уже было замечено, в российском праве принадлежность интереса зачастую воспринимается чрезвычайно узко, вне осознания того, что даже при наличии конкретного обладателя такого интереса он в то же время может касаться и других лиц. Не учитывается также и то обстоятельство, что один и тот же

¹ Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (постатейный). М., 2009; Актуальные вопросы российского частного права: Сб. статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / Сост.: Е.А. Павлова, О.Ю. Шиловост. М., 2008 (автор — Е.И. Каминская); Гришаев С.П. Охрана и защита авторских прав. Подготовлено для системы «КонсультантПлюс». 2008 г. // КонсультантПлюс.

² Постановление Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // СПС «КонсультантПлюс».

объект одновременно может быть объектом правоотношения для одних субъектов и определенным благом для других. В качестве носителей интереса судебные органы будут воспринимать, скорее всего, только первых субъектов. Так, например, когда речь идет о публичных субъектах (государстве, субъектах государства, муниципальных образованиях), не учитывается то обстоятельство, что, несмотря на то что такие субъекты самостоятельны в своей деятельности, в действительности их деятельность зачастую может затрагивать и интересы общества или отдельной его части¹.

Об общественном интересе идет речь и в случае обращения в суд для защиты избирательных прав. Несмотря на то что нормы, посвященные инициированию соответствующих дел по российскому праву, четко дифференцированы, т.е., например, простой гражданин может обратиться в суд, только если полагает, что нарушается его конкретное избирательное право, а в других случаях нарушения законов о выборах инициаторы буквально определены законом. Однако очевидно, что любое нарушение избирательного законодательства, а следовательно, и исправление такого нарушения, имеет значение не только для конкретного лица, а для всего общества или отдельной его части. В то же время практика российских судов показывает, что в том случае, если избиратель, например, обратится в суд с заявлением об отмене регистрации в депутаты в связи с тем, что кандидат в депутаты «проводит предвыборную агитацию с использованием преимуществ своего служебного положения, а также массового подкупа избирателей», в принятии такого заявления ему будет отказано.

3. О защите общественного интереса должна идти речь и в тех сложных случаях, когда такое благо нашло закрепление в законе не буквально, а опосредованно.

Так, например, во многих цивилизованных странах мира защита животных является одной из форм защиты общественного интереса. В нашей стране подобный вопрос носит неоднозначный характер, поскольку в настоящее время практически не существует какого-либо акта федерального уровня, определяющего их правовой режим и порядок защиты. Исключением является ГК РФ, в ст. 137 которого сказано, что при осуществлении прав не допускается жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности. В ст. 241 ГК РФ, в свою очередь, закреплено, что в случаях, когда собственник домашних животных обращается с ними в явном противоречии с установленными на основании закона правилами и принятыми в обществе нормами гуманного отношения к животным, эти животные могут быть изъяты у собственника путем их выкупа лицом, предъявившим соответствующее требование в суд.

Вопрос же о гуманном отношении к безнадзорным животным остается по-прежнему открытым². Однако отдельные субъекты Российской Федерации при-

¹ При этом важно учитывать, для каких целей такие субъекты в действительности созданы. Например, в ч. 2 ст. 1 ФЗ РФ от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» сказано, что «местное самоуправление... форма осуществления народом своей власти, обеспечивающая... самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения исходя из интересов населения...».

² Санкция за жестокое обращение с животными предусмотрена в УК РФ (ст. 245). В то же время преступлением будет считаться только такое жестокое обращение, которое повлекло гибель или увечье

няли некоторые нормативные акты, имеющие определенную гуманистическую направленность. Например, в г. Москве существует ряд нормативных правовых актов, регулирующих правила порядка и отлова, транспортировки и стерилизации безнадзорных собак и кошек. В указанных документах подробно регламентирована как деятельность служб отлова животных, так и правила функционирования приютов для таких животных. Однако в данном случае возникает вопрос: кто вправе обратиться в суд в том случае, если будут обнаружены нарушения этих правил и требований, например, выражающиеся в негуманном обращении с животными. В настоящее время, думается, на этот вопрос сложно дать однозначный ответ. Дело в том, что в случае попытки обратиться в суд обыкновенного гражданина его попросят уточнить, в чем конкретно заключается нарушение его интереса, а, как уже было замечено, в практике интерес и его носитель понимаются, как правило, очень буквально. Если этот гражданин будет ссылаться на защиту общественного интереса, ему либо снова дадут ссылку на то, что такой интерес не нашел закрепления в законе, либо откажут в принятии искового заявления, поскольку он обращается в суд для защиты не только своего права, но и прав других лиц, а, как уже было сказано, по российскому праву обращение в суд с такой целью возможно только в случаях, предусмотренных законом.

Следовательно, можно сделать вывод, что в настоящее время защита прав неопределенного круга лиц в России (неперсонафицированных субъектов) нуждается в существенной модернизации.

2. Защита интересов группы лиц (частные групповые иски)

Частный групповой иск — это новый институт для российского процесса. Его законодательная регламентация произошла лишь в 2009 г. Правовое регулирование рассмотрения данной категории дел в настоящее время осуществляется на основании гл. 28.2 АПК РФ, носящей название «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц».

Закон предусматривает специфический регламент рассмотрения таких дел. Так, например, срок их рассмотрения равен пяти месяцам, в то время как общий срок рассмотрения дел в арбитражных судах составляет три месяца. В законе определена также специфика условий возбуждения таких дел, их подготовки и рассмотрения.

Несмотря на то что указанный институт действует уже в течение нескольких лет, случаи рассмотрения таких дел малочисленны. Такое положение вещей обусловлено в первую очередь очевидной дефектностью норм, составляющих этот институт.

Рамки доклада не позволяют охарактеризовать все из существующих проблем, поэтому остановимся лишь на некоторых из них¹.

животного, при условии что такое деяние было совершено из хулиганских, или из корыстных побуждений, или с применением садистских методов, или в присутствии малолетних. Несложно заметить, что указанный состав охватывает только незначительную часть возможных случаев.

¹ Более подробно о нашей позиции см: *Алехина С.А., Туманов Д.А.* Проблемы защиты интересов группы лиц в арбитражном процессе // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2010. № 1. С. 38—43.

А. Условия возбуждения производства по защите прав и интересов группы лиц. АПК РФ выделяет общие условия для предъявления такого иска. Ими являются: а) многосубъектность правоотношения, в защиту участников которого такой иск предъявляется; б) ко дню обращения в суд инициатора процесса должно поддерживать как минимум пять членов группы (ст. 225.10 АПК РФ).

В ст. 225.11 АПК РФ конкретизируется, в каких случаях групповой иск может быть предъявлен путем указания: 1) на корпоративные споры; 2) споры, связанные с осуществлением деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг. Далее в статье говорится, что по правилам групповых исков могут быть рассмотрены любые требования, которые подпадают под указанные выше общие условия.

Подобное решение вопроса законодателем ошибочно. Речь идет о том, что общим условием является именно «многосубъектность правоотношения», но что именно под ним понимают разработчики закона, остается неясным.

Может показаться, что ключевым в данном случае является деление правоотношений на виды, поскольку в зависимости от видов правоотношения выделяют и специфику связи между их субъектами. Так, например, при делении правоотношений на абсолютные и относительные обнаруживается, что в первых из них связи субъектов существуют по модели «один к каждому», а во вторых — «один к одному». Однако если приглядеться, то получается, что в каждом из указанных видов связь возникает только между носителем права и противостоящим ему субъектом, но не между теми субъектами, которые противопоставляются правообладателю. В свою очередь наличие правовой связи между ними говорит о существовании самостоятельного правоотношения.

Исходя из общей теории права, получается, что многосубъектное правоотношение — это достаточно редкое явление и в чистом виде может существовать лишь в общем праве, когда, например, каждый из собственников имеет с другим собственником правовую связь, но вряд ли можно обнаружить множественность как «типичное явление» в обязательственных правоотношениях.

Возможно, разработчики глав АПК РФ о групповых исках подразумевали несколько иное явление, а именно часто встречающиеся в гражданском обороте сложные юридические конструкции, в которых, несмотря на самостоятельность отдельных правоотношений, они оказывают друг на друга определенное влияние. К подобному выводу можно прийти в первую очередь из-за того, что к групповым искам были отнесены корпоративные споры. Дело в том, что даже несмотря на то, что определенное единство в корпорациях очевидно, трудно сказать, что все существующие внутри них связи представляет собой единое правоотношение. Так, например, несмотря на частую множественность акционеров, каждый из них находится в самостоятельном обязательственном правоотношении с акционерным обществом, но не в отношении к другому.

Основываясь на вышесказанном, можно сделать вывод, что содержащееся в АПК РФ общее условие для предъявления группового иска является некорректным, дающим возможность различного толкования, а следовательно, ведет к порождению существенных практических проблем.

В. Характерной чертой является то, что российская модель частных групповых исков допускает лишь возможность обращения в суд с целью защиты интересов

группы лиц, но не предусматривает возможности рассмотрения дел против множественности нарушителей. Поэтому охарактеризуем лиц, инициирующих процесс по такому делу, а также правовой статус субъектов, в чью защиту групповой иск предъявляется. Так, закон различает следующих участников:

1) лицо, инициирующее возбуждение группового дела. Только ему принадлежат права и обязанности истца (по смыслу АПК РФ получается, что в групповых делах только инициатор является лицом, участвующим в деле). Данное лицо выступает без доверенности на основании документов о присоединении к требованию (ч. 1 ст. 225.12 АПК РФ). На него в процессе возлагаются довольно важные полномочия по максимально полной идентификации всей группы заинтересованных лиц. Несложно заметить, что именно на основании предоставленной им информации судом разрешается вопрос о том, входит или нет то или иное лицо в члены группы (ч. 1 ст. 225.14);

2) лица, присоединившиеся к требованию инициатора. Это лица, которые являются участниками спорного правоотношения, солидарны с требованиями инициатора и присоединяются к нему. Такие лица практически никаких процессуальных прав, а также обязанностей не имеют, за исключением права требовать замены лица, инициировавшего дело, для удовлетворения которого необходима инициатива большинства, а также наличие серьезных оснований для прекращения полномочий (ч. 8 ст. 225.15 АПК РФ). Указанные лица также могут знакомиться с материалами дела, делать из них выписки, снимать с них копии (ч. 3 ст. 225.16 АПК РФ);

3) иные участники многосубъектного правоотношения, в защиту прав и интересов которых процесс был начат. Такие лица, по сути, имеют лишь одно явно обозначенное право — право присоединиться к числу лиц, поддерживающих требование инициатора.

В данном случае важно следующее: в странах, где существует институт защиты интересов группы лиц, участие членов группы строится по одной из двух возможных моделей: «возможность войти» (*opt-in*) или «возможность выйти» (*opt-out*), разница между которыми заключается в том, что первая определяет, что члены группы приобретают права и обязанности в результате рассмотрения дела только в том случае, если они выразят согласие на участие в процессе. Вторая модель, наоборот, определяет автоматическое включение заинтересованных лиц в члены группы, однако за ними остается право выйти из процесса.

Российский вариант сложно отнести к любой из указанных моделей, поскольку участники группы определяются не по своей воле, а инициатором процесса и в дальнейшем сертифицируются судом. Получается, что воля самих членов группы никаким образом не учитывается для решения вопроса о том, хотят ли они в эту группу входить или нет. Так, будучи включенными в группу по указанию инициатора, реальной возможности выйти из ее состава они в действительности не имеют. Более того, попытка возбудить самостоятельный процесс как во время рассмотрения группового дела, так и после него для таких лиц обречена на провал. При этом на таких бесправных лиц полностью распространяется законная сила судебного решения. Кроме того, из буквы закона абсолютно не следует четкий ответ на вопрос о том, обладают ли такие члены группы правом на обжалование судебного акта по групповому делу.

С. Роль суда в делах о защите интересов группы лиц. Роль суда в групповых исках достаточно специфична. С одной стороны, именно суд определяет, возможно ли рассмотрение дела по правилам групповых исков; кроме того, в рамках подготовки дела он проводит сертификацию членов группы. Безусловно, именно суд рассматривает дело и выносит решение. С другой стороны, по смыслу закона, с суда сняты функции, которые в российском праве исконно были на него возложены. Так, всегда обязанность известить участников процесса возлагается на суд. Такой традиционный подход представляется совершенно оправданным: он основан на четком соблюдении процессуальной формы. Однако в групповых делах такая обязанность с арбитражного суда полностью снята и возложена на инициатора группового иска.

Форма, посредством которой должно осуществляться данное оповещение, практически не определена. Это может быть произведено путем опубликования сообщения в средствах массовой информации, либо в форме направления сообщения по почте заказным письмом с уведомлением о вручении, либо в иной форме. Таким образом, если исходить из буквального толкования данного положения, это может быть в принципе любая форма.

Такой подход таит в себе основания для злоупотреблений прежде всего со стороны инициатора группы, который может недолжным образом отнестись к обязанности оповещения всех заинтересованных лиц, входящих в группу, которые не узнают о том, что в производстве арбитражного суда находится дело, затрагивающее их интересы.

Налицо развитие процессуального законодательства в таком направлении, чтобы снять с арбитражного суда обязанности, которые должны возлагаться исключительно на суд, путем их переложения на участников процесса, что с учетом существующих в российском правоприменении серьезных злоупотреблений, безусловно, является неправильным.

В заключение обзора некоторых из существующих проблем необходимо сказать следующее: с одной стороны, существование специального порядка, позволяющего в одном процессе защищать интересы многих лиц, — это объективная необходимость. С другой стороны, существующее законодательное решение этого вопроса нуждается в кардинальных доработках.

В отношении публичных групповых исков речь должна идти о расширении круга тех субъектов, которые, минуя специальные субъекты, самостоятельно могли бы инициировать судебное рассмотрение такого дела. Кроме того, необходимо изменение подхода к тому, что законом и практикой включается в число тех интересов, которые имеют общественное значение.

Положения закона, регулирующие институт частных групповых исков, также должны быть изменены. Необходима модификация условий возбуждения группового дела, статуса лиц, в защиту интересов которых такое дело возбуждено, функций суда. В будущем возможно перенесение этого института также в российский гражданский процесс путем добавления соответствующих глав в ГПК РФ, но сделать это можно только при условии усовершенствования соответствующих положений АПК РФ.

Пер Хенрик Линдблом (*Per Henrik Lindblom*)¹

ШВЕДСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД²

Введение

Шведский Закон о групповых судебных разбирательствах 2002 г. (*SGPA*) позволил предъявлять частные групповые (классовые) иски, публичные групповые иски, групповые иски от организации на судебный запрет и индивидуальное возмещение убытков во всех сферах гражданского права, где суды общей юрисдикции имеют полномочия. Применяется английские нормы судебных издержек (в сочетании с возможностью заключать «соглашения с минимальной гарантией возмещения»). Это принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела в пользу или против всех членов группы, которые принимают участие в подаче иска. Двенадцать частных групповых исков и один публичный групповой иск (Омбудсменом по жалобам потребителей) — и ни одного группового иска от организации — были поданы в Швеции согласно новому Закону. Прецедентное право иллюстрирует некоторые процессуальные функции групповых исков: доступ к правосудию и компенсации, изменение поведения, юридическая экономика, создание прецедента и судебное законодательство, юридический обзор, обеспечение трибуны для обсуждения политики в области законодательства и этических (моральных) вопросов. Введение шведского Закона встретило серьезное сопротивление бизнесменов, финансистов, политиков-консерваторов, некоторых судей и адвокатов. Пока (сентябрь 2011 г.) еще не было замечено злоупотреблений шведским Законом. Нормы судебных издержек и финансирование являются главными в тенденции оспаривать свои права в суде.

1. Цели

Шведский Закон о групповых судебных разбирательствах 2002 г. (*SGPA*) можно рассматривать как изначальный прорыв в полномасштабном законе о групповых исках в системе гражданского права. Групповые иски могут быть предметом разбирательства в суде общей юрисдикции; все виды групповых исков (частные, от организации, публичные) разрешены; иски о судебном запрете и индивидуальные требования о возмещении убытков для членов группы могут быть приняты; члены группы, участвующие в подаче иска, связаны обязательствами по судебному решению независимо от того, выигрывают они или нет.

Однако общее количество групповых исков в рамках шведского Закона все еще меньше, чем ожидалось. Но даже если мы имеем дело «только» с 12 предъявленными (а возможно, планировалось больше) групповыми исками, на большое количество шведских граждан это оказало непосредственное влияние, и это число гораздо больше, чем число обычных истцов на судебных процессах по гражданскому делу

¹ Профессор Упсальского университета (*Uppsala University*) (Швеция).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен преподавателями кафедры иностранных языков Российского государственного социального университета.

за такой же период времени. Один удачный групповой иск может иметь значительное реконструктивное влияние, и механизм, безусловно, налаживает доступ к правосудию в шведском обществе. Мне говорили, что альтернативой групповым искам в некоторых значимых случаях может быть отсутствие иска¹. Кроме того, мы можем быть уверены в том, что потенциальные ответчики возместят убытки добровольно и компенсируют все членам группы сразу после того, как будет установлено, что жалобы группы истцов, предпринимающих попытки получить возмещение ущерба, небезосновательны по материальному праву и что группа намерена использовать в своих интересах новый процессуальный Закон, если понадобится.

Возможно, самая важная функция групповых исков — особенно касающаяся исков, безнадежных к взысканию в индивидуальном порядке, — превентивная, т.е. изменение поведения. Будем надеяться, что само существование закона будет сдерживать импульсы потенциальных ответчиков совершить противозаконные действия и побуждать их к добровольному урегулированию, когда это им понадобится. Так же как и в эффективной военной защите, функциональный парадокс судебных процессов по гражданским делам состоит в том, что механизм лучше всего работает, когда нет необходимости его использовать. Граждан нужно убедить добровольно либо под страхом потери денег (устрашение (интернализация издержек)) подчиняться законам и контрактам через соблюдение законов или урегулирование споров без обращения в суд. Но все это зависит от реальных возможностей обращаться в суд в случае необходимости.

Следовательно, в известной степени Закон о групповых судебных разбирательствах уже служит двум своим целям: доступ к правосудию и изменение поведения. Активное освещение ведущихся или планирующихся процессов в СМИ способствует достижению этой цели. Это также касается и других целей всех судебных процессов по гражданским делам, включая групповые иски². Судебное законодательство и создание прецедента, так же как и политический контроль³, возможно, будут возникать по большей части в связи с публичными групповыми исками и исками от организации, предъявленными сильными и авторитетными агентствами и некоммерческими организациями. В соответствующих контекстах могут быть реализованы и частные групповые иски.

Групповые иски также могут быть средством выполнения «новых» функций гражданского процесса: обеспечить форум для обсуждения политики в области законодательства и арену для дискуссий на этические (моральные) темы. *Побуждения предъявить иск в суде не всегда основаны только на денежном вопросе.*

Естественно, многие потенциальные ответчики предпочли бы, чтобы споры никогда не разбирались в судебном порядке. Но если иск все-таки предъявлен, автоматическая реакция — попытаться предотвратить групповой иск — по большей части из-за освещения в СМИ и выравнивания сил между сторонами, к чему часто

¹ См. Hensler, p. 467 f. and Watson, p. 269 sq. in *Grupptalan mot Skandia v. Forsakringsaktiebolaget Skandia* (Skandia, Stockholm District Court, case number T 6341, 2003).

² О роли и полномочиях судов в шведском гражданском процессе см.: Per Henrik Lindblom, *The Growing Role of the Courts and the New Functions of Judicial Process — Fact or Flummery?* // *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007 (далее — Lindblom 2007).

³ Это касается судебного разбирательства и судебного контроля над национальным законодательством на предмет его соответствия законодательству ЕС.

ведет процессуальный механизм. Но групповые иски в какой-то степени оберегают ответчиков, так как судебное разбирательство в пользу ответчика связывает всех членов группы обязательствами. Групповые иски также являются потенциальным вкладом в юридическую экономику для обеих сторон в случаях, когда возмещение получают отдельные участники процесса. Возможность возбудить дело по групповому иску сокращает риск повторного судебного процесса (и дорогостоящего объединения нескольких исков, принуждающих всех членов группы присутствовать и принимать участие в процессе)¹. Это также усиливает степень защиты от пустяковых и неэтичных судебных процессов, так как существует риск существенных затрат и значительная судебная вовлеченность (см. ниже, разд. 3 и 5).

2. Представительство

Шведский Закон содержит три формы групповых исков: частный, публичный и от организации.

Частные групповые (коллективные) иски могут быть предъявлены членом группы, который может являться физическим или юридическим лицом. Истец должен обладать процессуальной правоспособностью, чтобы быть стороной в судебном процессе, имея по крайней мере одно основание для предъявления иска.

Групповые иски от организации регламентированы двумя отраслями права: потребительское право и правовые нормы по охране окружающей среды. Что касается потребительского права, групповые иски могут быть предъявлены некоммерческими организациями потребителей или лицами, работающими по найму, в спорах с предприятиями, предоставляющими в ходе предпринимательской деятельности потребителям товары и услуги преимущественно для личного пользования. Относительно правовых норм по охране окружающей среды некоммерческие организации, занимающиеся охраной природы и защитой окружающей среды (и профессиональные объединения рыболовов, фермеров, оленеводов и лесоводов), имеют право подать иск на судебный запрет и (или) возмещение убытков за ущерб, нанесенный окружающей среде. Все некоммерческие организации, имеющие установленную цель, имеют право предъявлять групповой иск от организации. Не существует ограничений, санкционированных государством, относительно размера, возраста и т.д. организации. Организация с небольшим количеством членов может быть создана в один день, а на следующий день ее члены уже могут предъявлять иск, если финансовые дела находятся в хорошем состоянии и суд считает, что организация является достойным представителем группы. Организация может подавать прошение в суд на судебный запрет или возмещение убытков для членов организации, а также для всех других участвующих членов группы.

Наконец, любой орган государственной власти, такой как Омбудсмен по жалобам потребителей или Шведское агентство по охране окружающей среды, может предъявлять публичные групповые иски².

¹ См. *Olivia Ozum v. Sweden* (Uppsala District Court, case number T 3897, 2008).

² *The Consumer Ombudsman v. Kraftkommission i Sverige AB* (Umea District Court, case number T 5416, 2004).

Тот, кто подает публичный групповой иск или иск от организации, не является членом группы. Если организация или орган государственной власти предъявляет свой собственный иск, следовательно, является членом группы, иск рассматривается как частный групповой иск, а не как иск от организации или как публичный групповой иск.

Права представлять группу не лишаются, если происходят изменения в обстоятельствах, при которых право предъявления иска было дано (*SGPA*, § 7).

Групповые иски могут быть рассмотрены, если истец, принимая во внимание его интересы по вопросу материального права, его финансовые возможности при предъявлении группового иска (см. ниже, п. 3 и 5) и обстоятельства в целом, подходит для представления членов группы в судебном разбирательстве (*SGPA*, § 8, абз. 5).

Роль представителя заключается в выступлении в качестве истца, которого представляет доверенное лицо — адвокат (член адвокатуры). Если существуют определенные причины, то суд может позволить предъявить иск без доверенного лица или через доверенное лицо, не являющееся адвокатом (*SGPA*, § 11).

При ведении дела истец должен защищать интересы членов группы. Он должен давать членам группы возможность выражать свои взгляды по важным вопросам, если это может быть сделано без причинения неудобств. Если член группы требует, истец должен предоставить такую информацию, как, например, о важности прав члена группы (*SGPA*, § 17).

Если истец больше не считается подходящей кандидатурой для представления членов группы в этом деле, суд может назначить кого-то еще, кому дают право предъявлять иск в соответствии с § 4–6 о предъявлении иска в качестве истца. Если нельзя назначить нового истца, групповой иск отклоняется. Если истец является противной стороной апелланта в высшем суде, суд может назначить кого-то, кто считается подходящей кандидатурой, чтобы предъявлять иск в качестве истца (*SGPA*, § 21).

3. Поиск средств и финансирование

Ответственность за судебные издержки

В шведских судах обычно применяются английские нормы издержек, за исключением случаев исковых требований на небольшую сумму, где стороны должны либо представлять себя сами, либо оплачивать услуги своего доверенного лица независимо от исхода. Что касается групповых исков, английские нормы издержек применяются независимо от суммы исковых требований рассматриваемого дела, и, кроме того, там требуется адвокат. Таким образом, представитель группы (истец) принимает на себя риск оплаты издержек противной стороны, включая оплату услуг доверенного лица, если группа проигрывает дело. И наоборот, член группы несет общепринятую ответственность за судебные издержки противной стороны, только если она вступила в процесс как сторона в судебном процессе. Обычно члены группы, которые присоединились к иску с собственного согласия, не являются стороной в судебном процессе и не несут ответственность за какие-либо издержки (и не обязаны лично присутствовать в судебных процессах по групповым искам).

Соглашения с минимальной гарантией возмещения

Чтобы сократить издержки истцов по английским нормам, представителям группы и доверенным лицам разрешается достичь соглашения по поводу оплаты услуг; это означает, что оплата услуг доверенного лица зависит от степени удовлетворения иска членов группы. По этим «соглашениям с минимальной гарантией возмещения» оплата услуг зависит от денежных обязательств, но не являются преимущественно оплатой по результату (например, это обычно одна треть суммы возмещения (если принимается судом) в групповых исках в США). Оплата обычно основана на почасовой ставке и установленной формуле (например, доверенному лицу заплатят вдвое или втрое больше обычной ставки, если дело выиграно, и половину ставки или ничего, если проиграно).

Соглашение с минимальной гарантией возмещения не является обязательным для ответчика. Проигравшего ответчика нельзя заставить оплатить услуги доверенного лица, если они выше, чем обычная почасовая ставка, возможно, установленная на основании особых навыков доверенного лица, содержания иска или сложности дела. Если от ответчика требуется компенсировать судебные издержки истца и если ответчик не может их оплатить, члены группы несут ответственность за оплату этих издержек. То же самое относится и к дополнительным издержкам в связи с соглашением с минимальной гарантией возмещения. Каждый член группы несет ответственность за свою часть дополнительных издержек, но не обязан платить больше, чем он или они получили посредством судебного разбирательства.

Члены группы связаны соглашением с минимальной гарантией возмещения, только если так постановил суд (*SGPA*, § 38). Соглашения с минимальной гарантией возмещения могут быть одобрены, только если они обоснованы с точки зрения сути вопроса материального права. Соглашение должно быть совершено в письменной форме и детально излагать, как оплата услуг отличается от обычного вознаграждения, если иски членов группы будут приняты или отклонены. Как отмечается, соглашения с минимальной гарантией возмещения могут быть одобрены, если оплата основана только на сумме искового требования рассматриваемого дела.

Финансирование и фонды

По Закону о групповых судебных разбирательствах истец должен отвечать требованиям адекватности представления, чтобы быть принятым в качестве представителя группы (см. выше, разд. 2). Эти требования включают в себя «финансовые возможности» для предъявления иска. Правило было создано, чтобы защитить членов группы и ответчиков, а также в какой-то степени и суд. Для того чтобы поддержать приемлемый иск, истец должен быть в состоянии оплатить текущие судебные издержки заранее (например, на расследование и адвоката, если доверенное лицо истца запрашивает предварительный гонорар). Но от истца не требуют подтвердить свою способность оплатить издержки противной стороны, такие как оплата услуг доверенного лица, если ответчик выигрывает. В шведском Законе является общей нормой, что от истца не могут требовать подтвердить поручительство за судебные издержки противной стороны. Подготовительные документы Закона о групповых судебных разбирательствах допускают достаточность того, что финансовые дела истца в порядке. Это означает, например, что истец получает приемлемый годовой доход и доступ к общественной юридической помощи или частному юридическому

страхованию, хотя они оба обычно ограничены количеством, равным общепринятым гонорарам доверенных лиц менее чем за 100 часов работы или 10 тыс. евро.

Если истец полностью не уверен, что выиграет дело, риск оплаты издержек обеих сторон (включая гонорары доверенных лиц) в проигранном процессе является сильным сдерживающим средством для любого, кто подумывает о поддержании иска. Возможным исключением могут стать потенциальные истцы, которые очень богаты или могут положиться на финансирование из других источников. Но в противоположность ситуации, например, в некоторых канадских провинциях в Швеции до сих пор нет государственных или частных фондов, куда истцы могут обратиться за компенсированием текущих и конечных судебных затрат по групповым искам.

На основе этих соображений, когда составлялся законодательный проект, предполагалось, что частные групповые иски будут редкими и ограниченными по большей части случаями компенсации больших убытков. Следовательно, авторы законопроекта предполагали, что большинство из 10 или около того групповых исков, которые, как они рассчитывали, будут предъявляться каждый год, будут публичными или исками от организации. При таких исках истцы не имеют денежных интересов для начала процесса, и разработчики законопроекта предполагали, что главной целью будет достижение изменения поведения на общем уровне (предупреждение) или правового развития. Эти предположения не оправдались. Общее количество групповых исков было значительно меньше, чем ожидалось: 12 за шесть лет. Распределение среди категорий групповых исков тоже кардинально отличается от ожиданий. Пока что не было предъявлено ни одного группового иска от организации, несмотря на очень либеральные правила о процессуальной правоспособности организации, которая предъявляет иск (даже небольшие и недавно созданные; возможно с исключительной причиной обратиться в суд; некоммерческие организации с приемлемой целью имеют процессуальную правоспособность для предъявления иска). Только один публичный групповой иск был предъявлен Омбудсменом по жалобам потребителей. Все остальные 11 были частными групповыми исками. Таким образом, было больше частных групповых исков и значительно меньше групповых исков от организаций и общественных групповых исков, чем предполагалось.

Как же финансировались эти 11 частных групповых исков? У меня недостаточно информации, чтобы развернуто ответить на этот вопрос. Но стоит заметить, что некоммерческие организации выступали и в качестве истцов и предоставляли другую поддержку даже в процессах, которые не рассматривали групповые иски от организаций в строгом смысле слова. Вместо этого иски были рассмотрены в качестве частных групповых исков как своего рода «ложные» иски от организаций с членом группы, выполняющим роль истца, поддерживаемого организацией или его членами.

Объясняется это тем, что в «настоящих» исках от организаций организация не может также быть членом группы (иметь свой собственный интерес); если организация является членом группы, иск рассматривается как частный групповой иск (см. ниже п. 2). Юридические лица, такие как некоммерческие организации, могут предъявлять групповые частные иски. Группа людей, которые хотят предъявить иск, может формировать организацию или учреждение исключительно с определенной целью. Передавая иск о возмещении убытков или их части, поданный

одним из членов группы, юридическому лицу, организация становится членом группы. Вследствие этого организация получает процессуальную правомочность предъявлять частный групповой иск (но не иск от организации) от лица каждого, кто участвует, независимо от того, являются ли они членами организации или нет. Учитывая то, что финансовые дела организации должны быть в порядке, согласно абз. 5 § 8 Закона, чтобы организация была принята как истец, можно принять от нее взнос или другое финансирование от членов ассоциации (такое как лимитированный залог). Вследствие этого члены группы могут ограничивать уровень финансового риска. Члены группы также не подвергаются риску требования оплаты расходов противной стороны. Названный истец — организация — подвергается риску. Этот «метод передачи» также открыт для уже существующих организаций, учреждений и других юридических лиц, которые созданы не только с целью предъявления иска.

Организации и другие юридические лица не имеют права на общественную юридическую помощь или юридическое страхование. Но частный поиск финансирования может быть организован среди членов группы или с помощью общественных призывов, чтобы финансировать и «настоящие», и «ложные» иски от организации, так же как и «нормальные» частные групповые иски. В одном деле населенный пункт, расположенный недалеко от аэропорта, внес свой вклад вручением (небольшого) «гранта» организации, основанной для поддержки группового иска. Истцы, планирующие предъявить групповой иск на основании закона о правах потребителей или об охране окружающей среды, могут также обратиться к относительно большим и признанным организациям с призывом о финансировании или помощи при предъявлении иска, например о предоставлении адвоката, работающего ради общественного блага. Однако ни одна организация такого типа пока еще не предъявила свой групповой иск от организации, что может означать очень слабый интерес к содействию. Мне говорили, что принятие на себя финансового риска, усугубленное ответственностью проигравшего процесс оплачивать расходы противной стороны, согласно английским нормам, также является важным фактором в связи с публичными исками и исками от организации. Большие процессы поглощают много времени и средств. Так как ни Омбудсмен по правам потребителей, ни Агентство по защите окружающей среды, ни любой другой признанный потребитель или организация по охране окружающей среды не имеет бюджета для таких целей, юридические расходы будут «непредвиденными затратами», которые будут конкурировать с другими нуждами организации, когда будет составляться ее бюджет. Пока что выделение ресурсов для предъявления публичных исков или исков от организации не стало приоритетным в этом соревновании.

Метод финансирования, который использовался в одном деле, состоит в том, чтобы поддержать частный групповой иск, но с множеством назначенных истцов (шесть), которые, таким образом, делят финансовый риск (*Arlanda*). Это, возможно, приемлемо, потому что ответчик также получает преимущества, если финансы истца в порядке. Такой подход также делает возможным для группы истцов использовать множественное страхование. Однако страховая компания имеет право отказать в юридическом страховом пособии для более чем одного истца в случаях, включающих суды с одинаковыми исками.

Гораздо правильнее утверждать, что до настоящего времени шведские страховые компании лишь препятствовали, а не поддерживали весь процесс группового иска, а держатели их страхового полиса лишь заинтересованы в использовании нового права в судебных разбирательствах по групповым искам. Когда был составлен закон, главная страховая организация была в числе самых активных противодействующих юридических лиц. После того как закон вступил в действие, одна из самых крупных страховых компаний (*Trygg-Hansa*) немедленно исключила область действия истцов (но не ответчиков) в групповых исках! Далеко не ясно, будут ли компании, которые ныне пошли тем же путем, позволять держателям страхового полиса, являющимся истцами в групповых исках, расходовать не только свою прибыль, но и прибыль других членов одной или нескольких групп. Даже приняв участие в групповом иске, они отказались от права подавать индивидуальные иски, таким образом, они никогда не будут подавать иски на основании полиса. Правила в деле по групповому иску будут основываться на принципе недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела в последующих исках. С другой стороны, страховые компании часто позволяют использовать полисы по ряду видов страхования по отношению к объединению нескольких исков для рассмотрения в одном производстве так же, как и по отношению к обычному индивидуальному иску, в случае если дело может быть рассмотрено в качестве контрольного примера для других держателей страхового полиса, которые не хотят подавать иск лично, но готовы предоставить свои законные страховые полисы истцам. Страховые компании могут воспользоваться этим путем, чтобы оказать давление на неконтролируемые и дорогостоящие массовые судебные разбирательства по групповым искам, в которых участвует большое количество истцов, несмотря на то что групповой иск был бы предпочтительным и для обеих сторон, и для суда с точки зрения судебных издержек, а также чтобы облегчить управление всех похожих исков о возмещении убытков. Что еще хуже, позиция страховых компаний создает препятствия правосудию, что может отразиться на судебных разбирательствах по групповым искам.

4. Доступные средства судебной защиты

Шведский Закон о групповых судебных разбирательствах защищает групповые иски в судах общей юрисдикции, а его использование не ограничено какой-либо областью права. Во всех трех формах групповых исков по Закону истец может обращаться с заявлением о судебном запрете, а также с просьбой возмещения убытков, которые понесли отдельные члены группы. Иски с требованием от ответчика определенных действий (т.е. возместить ущерб или остановить определенную деятельность) и (или) установительные иски могут быть рассмотрены как групповой иск (см. выше). Однако во внимание принимаются обычные независимые правила о причинности в деликтном иске, подсчет убытков и свидетельские показания. Процесс послесудебного подсчета, стандартного вычисления убытков и «су-пре» решения по шведскому Закону не разрешены. В Швеции не существует денежного возмещения в виде наказания ответчика. Такие ограничительные меры негативно отражаются на доступе к справедливости в групповых исках, так же как и в других видах судебных разбирательств.

5. Участие суда

Закон содержит (*SGPA*, § 8) определенные входные условия в случае, когда разрешены групповые иски:

- иск должен быть основан на одном или нескольких обстоятельствах или процессах, являющихся общими или одинаковыми по отношению к искам, поданным членами группы. Судебные разбирательства должны быть уместными, поскольку основания для иска некоторых членов группы существенно отличаются от оснований других членов группы;
- групповой иск должен быть лучшей доступной процессуальной альтернативой судебному разбирательству по многим искам в суде («преимущественное право»);
- группа должна быть адекватно охарактеризована относительно обстоятельств дела;
- финансовые дела представителя группы должны быть достаточно хорошо оценены, и представитель должен подходить для отведенной ему роли (адекватность представительства);
- в качестве дальнейшей гарантии защиты членов группы по частным искам и искам от организаций истцы могут быть представлены общепризнанным членом суда. Это единственная ситуация в шведском гражданском судопроизводстве, когда истцам не разрешено представлять самих себя, а адвокаты (за некоторым исключением) должны быть членами адвокатуры.

Официальный представитель суда рассматривает входные условия. То же самое относится и к уведомлениям (*SGPA*, § 13, 24, 49–59), и к апелляциям (§ 42–48), что защищает членов группы, ответчика и суд от злоупотреблений.

Хотя право представителей группы выступать от лица группы является строго процессуальным, истец уполномочен говорить о соглашении от лица группы. Однако члены группы не ограничены соглашением, если только это не утверждено судом. Суд не может утвердить соглашение, если его можно считать дискриминационным по отношению к некоторым членам группы или, наоборот, недостаточно обоснованным (*SGPA*, § 26).

Нормы судебных издержек (английские нормы и определенные нормы Правил судопроизводства) и отсутствие оплаты по результату *strictu sensu* (в строгом понимании) являются важными мерами безопасности против злоупотреблений. Члены группы связаны «соглашением с минимальной гарантией возмещения» (см. разд. 3 выше), только если оно утверждено судом. Такие соглашения могут быть утверждены судом, если они обоснованы с точки зрения характера и сущности вопроса материального права.

6. Совместимость с групповыми исками американского типа

С точки зрения сравнения позиция судов в Скандинавии всегда была довольно ограниченной, особенно в восточно-скандинавских странах (Финляндии и Швеции). Исторические узы были смесью политических споров о демократии и принципах равенства, твердой веры в надзор со стороны государства и контроль вместо судебных исков, существования огромного разнообразия альтернативных

процессов по разрешению споров и изменению поведения, а в Швеции в первой половине XX в. сильная позиция профсоюзов и обоснованное подозрение по отношению к готовности судов и судей принимать активное участие в строительстве государства всеобщего благосостояния, основанное на социал-демократической модели. Все это и многое другое (как, например, твердое позитивистское отношение в ограниченном масштабе к судебному правотворчеству и судебному контролю) привело к тому, что суд Швеции был менее влиятельным в гражданских делах, чем суды многих других стран, несмотря на сравнительно более высокое число судей. Тенденция к судебным разбирательствам очень низкая. Однако за последние десятилетия стала заметной растущая роль судов и «новых» функций гражданского судопроизводства.

Система классовых исков в США значительно отличается от групповых исков в Швеции, что объясняет более низкое, чем ожидалось, число исков в Швеции на сегодняшний день. Одно из отличий — это отступления, предназначенные для борьбы с судебными тяжбами, происходящими вплоть до конца законодательного процесса, а также для борьбы с сильной неприязнью, которая еще не изжила себя в некоторых местах. Внутри и вне системы правового регулирования есть сдерживающие факторы. Особое значение здесь имеют обязанность истца нести судебные издержки (английские нормы), которая также распространяется на публичные иски и иски организаций, отсутствие оплаты по результату в строгом понимании, недостаток государственных и частных фондов, поддерживающих судебные процессы, абсолютное требование выбора в пользу присоединения к группе (*opt in*), отсутствие представления списка свидетелей стороны до суда, механизмы послесудебных расчетов, «су-пре» решения, денежные возмещения в виде наказания ответчика и стандартизированный подсчет убытков, негативные отношения между страховыми компаниями и определенными членами в Шведской коллегии адвокатов (в которой доминируют в основном защитники по данному делу), противодействие между некоторыми судьями и (консервативными) политиками наравне с проблемами общего характера — в первую очередь медлительностью, судебными издержками, недостатком опыта, что осложняет конкуренцию между обычным судебным процессом и арбитражным судом и другими альтернативными решениями конфликтных ситуаций на свободном рынке.

В Швеции, а также во всем Евросоюзе появилась сильная тенденция способствовать альтернативному решению конфликтных ситуаций. Эта тенденция, названная «третьей волной» или, скорее, «цунами» в Движении доступа к правосудию, в последнее время вызвала большой интерес и получила поддержку как легкодоступный, гибкий, быстрый и недорогой способ для решения конфликтных ситуаций сторонами, а также как средство уменьшения судебной нагрузки. Однако риск и недостатки этой тенденции редко обсуждаются. Она часто является ценным дополнением в гражданском судебном разбирательстве, включая групповые иски, но может также быть препятствием, что способствует понижению роли судов и является прямой угрозой функционированию гражданских процессов¹.

¹ См.: Lindblom, *ADR — the Opiate of the Legal System?* 2008. Другое мнение на этот счет см.: Bengt Lindell, *Alternative Dispute Resolution and the Administration of Justice — Basic Principles // Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, p. 322.

Основная библиография

The Group Proceedings Act, Swedish Code of Statutes SFS 2002:599.

The official travaux preparatoires to the Swedish Group Proceedings Act Grupprattegång. Betänkande av Grupptalanutredningen. Del A-C. SOU 1994:151, Part A-C, 1,400 pp.

Regeringens proposition 2001/02:107. Lag om grupprattegång, 283 pp. (The final Government Bill submitted to the Riksdag.)

Ministry Communication 2008 Ds 2008:74 Utvärdering av lagen om grupprattegång, 300 pp.

Литература

Hensler Deborah R. et al, *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*. Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica 2000. 610 p.

Lindblom Per Henrik, *Grupptalan. En studie av det anglo-amerikanska class actioninstituttet ur svenskt perspektiv* (Group actions. The Anglo-American class action suit from a Swedish perspective), Stockholm, 1989 (с резюме на англ. яз.). 780 p.

Lindblom Per Henrik, *Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Proposal on Group Actions in Civil Procedure* // XLV *The American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 805 sqq.

Lindblom Per Henrik, *The Growing Role of the Courts and the New Functions of Judicial Process – Fact or Flummery?* // *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, p. 281 sqq.

Lindblom Per Henrik, *Grupptalan i Sverige. Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprattegång* (Group actions in Sweden. Background and commentaries to the Swedish Group Proceedings Act of 2002), Stockholm, 2008. 716 p.

Lindblo Per Henrik, *Group Litigation in Scandinavia* // *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 13, 2008, p. 85 sqq.

Lindblom Per Henrik, *ADR – the Opiate of the Legal System?* // *European Review of Private Law*, vol. 16, 2008, p. 63 sqq.

Lindblom Per Henrik, Watson Garry D, *Complex Litigation – a Comparative Perspective* // *Civil Justice Quarterly* 1993, p. 33 sqq.

Lindell Bengt, *Alternative Dispute Resolution and the Administration of Justice – Basic Principles* // *Scandinavian Studies in Law*, vol. 51, 2007, p. 311 sqq.

Mulheron Rachael, *The Class Action in Common Law Systems. A Comparative Perspective*, Oxford, 2004. 535 p.

Nordh Roberth, *Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of Civil Litigation, the Need for Reforms, and a Forthcoming Proposal* // 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, p. 381 sqq.

Watson Garry D., *Class Actions: The Canadian Experience* // 11 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2001, p. 269 sq.

Weinberg Jack B., *Some Reflections on United States Group Actions* // 45 *The American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 833 sqq.

ДИСКУССИОННАЯ ПАНЕЛЬ

Хавьер Санчес (*Javier Sánchez*)¹

СУДОПРОИЗВОДСТВО ПО ГРУППОВЫМ ИСКАМ: ЭВОЛЮЦИЯ ОТ ГРУППОВЫХ ИСКОВ К КОЛЛЕКТИВИЗАЦИИ ИСКОВ²

В последние десятилетия мы наблюдаем прогрессивное развитие системы коллективной судебной защиты в странах старой Европы.

Мы осознали необходимость адаптации основных процессуальных конструкций к требованиям массовой юрисдикционной защиты. В процессе такой адаптации мы должны учитывать определение того, каким образом установить взаимодействие исков по защите интересов всех заинтересованных лиц, позволяющее достигнуть их надлежащего удовлетворения. Групповой иск³ в связи с тем, что он снижает судебные издержки, вызывает лишь слабый интерес у тяжущихся. С этой точки зрения групповые иски предстают в качестве инструмента, который восстанавливает в судебном процессе равенство, существующее между сочетанием многих исковых требований на небольшую сумму и фактическим масштабом неправомерного действия, которое породило такие иски.

Анализ указанной ситуации приводит нас к пониманию того, что организованная система отправления правосудия требует не только предоставления возможности коллективной защиты, но также и установления концентрации такой защиты. Такая концентрация позволяет предоставлять защиту интересов тем лицам, которые не требуют и даже не планируют выдвигать требования о защите своих интересов, предоставляя или отказывая в такой защите после рассмотрения состязательных бумаг и даже исков, поданных лицом, которое действует в качестве представителя интересов потерпевших сторон, не имея специального уполномочия на представление интересов потерпевших лиц, поскольку в таких делах наличие представительного характера интересов всех потерпевших лиц считается достаточным. В этом переходе от представительства к представительности заключается основной вклад системы групповых исков США.

Эволюция этой системы произошла в сравнительно недолгий период времени. Хотя историко-правовое исследование позволяет обнаружить происхождение этого института в английском праве⁴, не стоит забывать, что процессуальные правила США, особенно на уровне федеральной юрисдикции, прошли быстрое развитие

¹ Профессор Сарагосского университета (*University of Zaragoza*) (Испания).

² Перевод с английского языка на русский осуществлен аспиранткой С. Писчиковой (МГУ им. М.В. Ломоносова).

³ Автор доклада использует понятие *class action*. Применительно к праву США, о котором во многом пойдет речь в настоящем докладе, некоторые российские исследователи (например, К. Осаке) указывали на некорректность использования термина «групповые иски», настаивая на употреблении понятия «классовые иски», однако иными авторами (такими, как Г.О. Аболонин и др.) используется понятие «групповые иски», в том числе применительно к США. В связи с этим в целях соблюдения единства терминологии, здесь и далее *class action* переводится как групповой иск. — *Примеч. пер.*

⁴ Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987.

от принятия решения о необходимости их освобождения от исторических предпосылок к рождению новых институтов и в том и в другом случае произошел отказ от основ, развития и систематизации европейской процессуальной науки. Известная высокомерная позиция юристов США приводит их к преувеличенной оценке достоинств и преимуществ своего законодательства. С другой стороны, необходимо отметить гибкость судебной системы в США, где судья наделен широкими дискреционными полномочиями по руководству судебным процессом, стороны обязаны руководствоваться принципом добросовестности, представляя доказательства на стадии их раскрытия, и где достижение компромиссного решения является обычным исходом судебного процесса.

Свободные от догматических предпосылок континентального права, суды США демонстрируют невероятную быстроту при принятии судебных решений по делам о взыскании чрезвычайно больших сумм и при участии тысяч заинтересованных лиц. Однако необходимо отметить, что такие результаты по-прежнему вызывают разногласия в оценках даже в Соединенных Штатах.

Система групповых исков зародилась, хотя можно было бы сделать иной вывод, не как процессуальный технический инструмент, предназначенный для достижения эффективной правовой защиты в делах о причинении массового ущерба. Использование механизма групповых исков для этих целей стало применяться только на последнем этапе развития данного института, основным рычагом которого было достижение возможности надлежащего осуществления гражданских прав и искоренение противоправных действий путем использования гражданского правосудия в качестве средства социальных преобразований¹. Несмотря на это, использование групповых исков в вышеуказанном ключе вызывает предвзятое отношение со стороны тех, кто воспринимает рассматриваемые иски как препятствие на пути к экономическому развитию и повышению производительности. Критики этого института предрекают его вырождение в систему социального шантажа компаний². Тем не менее многие по-прежнему рассматривают его в качестве основного средства, позволяющего сдерживать противоправные действия. Широкая дискуссия, вызванная реформой федерального законодательства о групповых исках, проведенной в 2005 г., в большой мере является примером указанных разногласий.

На последнем этапе эволюции групповые иски прошли путь от существования в качестве узаконенного в 1966 г. средства достижения возможности надлежащего осуществления гражданских прав — особенно в области расовой сегрегации (см. Федеральные правила гражданского судопроизводства, правило 23, Комментарий Консультативного совета к поправкам 1966 г.³) — к становлению в качестве механизма, который позволяет осуществлять защиту в случаях причинения массового ущерба. В процессе своего развития рассматриваемый институт прошел эволюцию от защиты действительного общего интереса к защите индивидуальных субъективных прав.

¹ Hensler, Pace, Dombey-Moore, Giddens, Gross, Moller, *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain* / Rand Institute for Civil Justice, Santa Mónica, California, 2000.

² Hay, Rosenberg, «Sweetheart» and «Blackmail» Settlements In Class Actions: Reality And Remedy // 75 Notre Dame L. Rev. (1999–2000), p. 1377–1408; Silver, «We're Scared to Death»: Class Certification and Blackmail // N. Y. U. L. Rev. (2003), p. 1357–1430.

³ Fed. R. Civ. P. 23 Advisory Committee's Note to the 1966 Amendments.

В отношении защиты общего интереса, в делах, урегулированных правилом 23(b) (2) Федеральных правил гражданского судопроизводства, предполагается возложение обязанности по совершению определенных действий как на частных лиц, так и на публичные образования; таким образом, групповые иски предоставляют такую защиту, которая вступает в действие, когда встречается с неправомерными действиями, которые равным образом воздействуют на множество лиц.

Пределы распространения этой формы защиты по большей части связаны с отсутствием специфических юрисдикционных процедур для пересмотра административных решений. Судебные иски административного характера рассматриваются при помощи тех же процессуальных правил, которые регулируют судопроизводство между частными лицами.

В странах континентального права гражданские иски используются только для предъявления требований об исполнении обязательств, в то время как исполнение обязанностей, возложенных на частных лиц при осуществлении ими деятельности в сфере торговли или в иных сферах, обеспечивается через меры административного контроля и временами с помощью судебного пересмотра решений, принятых регулируемыми административными органами. В странах же общего права требование об исполнении таких обязанностей частными лицами реализуется путем использования гражданских исков, направленных на получение специального указания о совершении определенного действия либо о воздержании от совершения действий. В этом состоит различие систем частного и публичного принудительного осуществления прав. Распространение в правовых системах с континентальными правовыми традициями исков о запрете совершать определенные действия как следствие транспонирования директив ЕС, ориентированных на систему общего права, привело к включению форм коллективной защиты, которая предполагает «деадминистрационализацию», или ослабление государственного контроля рынка вплоть до возложения принудительного исполнения на самих субъектов рынка.

Если мы вновь обратим внимание на групповые иски в США, иски, имевшие своей целью защиту, которой провозглашалась неправомерность действий ответчика, которые хотя, возможно, и имеют строго индивидуальную направленность, но в целом соответствуют требованиям о воздействии на группу лиц, должны быть включены во второй подвид исков Правила 23(b)(2) Федеральных правил гражданского судопроизводства. Действия, подлежащие рассмотрению суда, могут быть как непосредственно действиями, нарушающими закон, так и неисполнением обязательств, предусмотренных законом. Требуемая в исковом порядке защита может простирается не только на признание неправомерности действий ответчика, но также и на предписание суда, направленное на установление для ответчика норм должного поведения. Ввиду этого такие иски, даже будучи разрешенными в пользу одного-единственного члена группы, будут в обязательном порядке иметь надындивидуальное значение, поскольку действие или бездействие ответчика рассматривается как воздействующее на всю группу лиц.

Сертификация указанных групповых исков проводилась не только в делах о защите гражданских прав, но также наряду с ними и в антимонопольных делах и в применимых случаях включала также денежное возмещение, которое предоставляет экономическую выгоду определенному члену группы, — своего рода защита

особого характера, которая обычно рассматривалась как справедливое средство правовой защиты или справедливая компенсация. В целом целью групповых исков являлось скорее исполнение обязанностей, возложенных на ответчика, нежели денежная компенсация.

Вместе с тем в 1966 г. возможность применения групповых исков с целью концентрации исковых требований различных членов группы лиц, когда такие требования заключают в себе общие вопросы факта и права, была также введена в Федеральные правила, регулирующие групповые иски. Защита прав любого члена группы лиц может быть достигнута на индивидуальной основе, без воздействия на права иных участвующих в деле истцов или без создания трудностей для ответчиков. Для авторов реформы разрешение различных правовых вопросов, достигаемое при помощи группового иска, отвечает не требованию необходимости, а требованию удобства в соответствии с обстоятельствами дела. Такой критерий удобства может применяться для сохранения времени, сил и денежных средств, так же как и единообразное решение для лиц в схожих ситуациях. Ссылка на преобладающий характер общих вопросов является фактором, который раскрывает удобство применения рассматриваемого механизма для целей процессуальной экономии, которую может предложить институт группового иска.

Эта экономическая причина выступила в качестве воздействующего фактора для распространения групповых исков. Модель группового иска в Соединенных Штатах включала действия, которые, нарушая законодательство, причиняли экономический ущерб значительному числу лиц. Учитывая, что такой ущерб мог быть незначительным, существовала возможность того, что никто из таких лиц не мог бы подать иск индивидуально. Групповой иск существовал как применимый механизм для принуждения к исполнению закона и справедливого возмещения убытков в совокупности. В процессе эволюции рассматриваемого института была признана структура класса как изменчивой группы лиц, при этом особое значение было придано важности института группового иска как средства достижения эффективного принудительного исполнения закона и сдерживания неправомерных действий, а не справедливого возмещения причиненного ущерба. Тем не менее авторы реформы Федеральных правил гражданского судопроизводства, проведенной в 1966 г., однозначно исключали возможность применения механизма групповых исков в делах о массовых несчастных случаях или, более обще выражаясь, массовых деликтах. Причиной, на которую они ссылались, была возможность существования относящихся к делу обстоятельств, которые могут по-разному влиять на различных пострадавших лиц. Несмотря на это, под давлением многократного увеличения судебных процессов по искам потребителей к производителям, а также по искам работников, вызванных воздействием токсичных веществ (дело об интоксикации и ущербе, причиненных воздействием асбеста, особенно характерно), сделали наконец возможным обращение к механизму групповых исков в делах по искам из деликтов, а именно начиная с 1980-х гг.

Выше было упомянуто, что обоснованность применения групповых исков по таким делам соответствует целям процессуальной экономии. Это суждение соответствует действительности в той значительной степени, в которой американские авторы без колебаний обращаются к критерию снижения издержек для того, чтобы узаконить применение групповых исков и исключить возможность укло-

нения от коллективной защиты. В этом смысле Розенберг (*Rosenberg*)¹ отстаивает форму группового иска как обязательную форму в отношении массовых деликтов в связи со значительным снижением судебных издержек и возможностью реализации сдерживания ненадлежащих действий, а также для достижения целей страхования. Доводы в защиту концентрации требований о возмещении ущерба приводят Розенберга² к утверждению о том, что суды должны распределять компенсацию среди пострадавших лиц в соответствии с серьезностью нанесенного ущерба вне зависимости от соответствующей обоснованности и разумности их требований, поскольку дела о массовых деликтах обычно не являются одинаковыми. Розенберг³ отстаивает преимущество своего предложения с этической точки зрения в связи с тем, что оно основано на универсальном принятии системы снижения судебных издержек, а также отвергает точку зрения, которая признает приоритет индивидуального интереса над общим. Аналогично Рубенштейн (*Rubenstein*)⁴ утверждает, что те методы, при помощи которых предпринимаются попытки разрешать судебные процессы о массовых деликтах, показывают, что образ действий суда в таком судопроизводстве уже не укладывается в модель состязательного процесса, в связи с чем он предлагает новую модель, которая регламентирует процессуальные действия суда в таких делах, — транзакционную (примирительную) модель, или модель переговоров, в присутствии суда. Нагареда (*Nagareda*)⁵ выдвигает на первый план положения о том, что существует непосредственная связь между сферой частных обязательств и сферой публичного законодательства и что проблемы групповых исков должны рассматриваться не только как вопросы собственно групповых исков, но и как задача выработки механизма, в котором согласуются эффективность и законность⁶; также он отстаивает отделение института групповых исков от таких правовых понятий, как «надлежащая правовая процедура» и «самостоятельное осуществление прав», с тем чтобы уделить большее внимание нормам, регулирующим защиту коллективных интересов⁷. В связи с этим Иссахаровф и Витт (*Issacharoff & Witt*)⁸ обращают внимание на то, что отсутствие контроля за адекватностью представительства и обязательный характер решения или соглашения для всех членов группы приближают групповые иски к административной модели.

Неудивительно, что Рэдиш и Кастанек (*Redish & Kastanek*)⁹ с критической точки зрения осуждают трансформацию состязательного процесса в процесс, имеющий административный характер.

¹ *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option For Mass Tort Cases* // 115 *Harv. L. Rev.* (2001–2002), p. 832–833.

² *Ibid.*, p. 834.

³ *Ibid.*, p. 841.

⁴ *A Transactional Model of Adjudication* // 89 *Geo. L. J.* (2000–2001), p. 372.

⁵ *Class Actions in the Administrative State: Kalven and Rosenfield Revisited* // 75 *U. Chi. L. Rev.* (2008), p. 617.

⁶ *Ibid.*, p. 635.

⁷ *Ibid.*, p. 644.

⁸ *The Inevitability of Aggregate Settlement: An Institutional Account of American Tort Law* // 57 *Van. L. Rev.* (2004), p. 1632.

⁹ Redish, Kastanek, *Settlement Class Actions, the Case-or-Controversy Requirement, and the Nature of the Adjudicatory Process* // 73 *U. Chi. L. Rev.* (2006), p. 607 sqq.

Если мы снова вернемся к континентально-правовой системе, то обнаружим, что в странах старой Европы возможность коллективной защиты связана с наличием группового интереса. С этой точки зрения заслуживает внимания подход испанского законодательства, где в 2000 г. в ст. 11 Гражданского процессуального закона были введены правила, регулирующие групповые иски.

Наше законодательство игнорирует категорию однородных индивидуальных интересов, которая существует тем не менее в ст. 81 бразильского Кодекса прав потребителей. Однако такие интересы в случае их заявления в суде включаются в дела по искам, защищающим групповые интересы или интересы неопределенной группы лиц. В действительности в таких делах не существует действительно-го группового интереса для целей судебной защиты, но в едином судебном деле заключается интерес самой судебной системы, состоящий в снижении судебных издержек. По этой причине мы вынуждены признать, что следует говорить не о судопроизводстве по защите коллективных интересов, а о судопроизводстве, коллективизирующем защиту.

Суждения американских авторов особенно характерны для этой эволюции от коллективной защиты действительного группового интереса к установлению коллективной защиты индивидуального интереса. В связи с этим мы должны говорить о коллективизации защиты, применяемой в континентальных правовых системах, без (по крайней мере в Испании) дискуссии, возникшей по поводу пределов целесообразности и законности такой коллективизации, которая скрывается за рассуждениями о групповой природе нарушаемых интересов. Складывается парадоксальная ситуация, поскольку в то время, как групповые иски служат цели снижения административного контроля, как было упомянуто выше, коллективизация исков имеет целью, по сути, коллективное управление индивидуальными интересами и в Соединенных Штатах Америки даже административную рационализацию судебной защиты (по крайней мере в делах о массовых деликтах), и отрицание возможности выхода из состава группы рассматривается как более эффективное¹.

Мы предлагаем при использовании понятийного аппарата, описывающего различные дела, связанные с существованием групповых исков, использовать выражение «групповой иск» в отношении тех дел, в которых подлежит защите действительный коллективный интерес. Напротив, когда защита предоставляется индивидуальным правам, которые были в совокупности нарушены, мы должны говорить не о коллективной защите, но о коллективизации защиты, поскольку она служит не интересам граждан, а интересам самой судебной системы в достижении эффективного управления делами. Такое эффективное управление может приносить пользу гражданам, но не обязательно. В любом случае, интересы, которые действительно могут быть нарушены, должны быть предметом судебного рассмотрения, для того чтобы дискуссия о пределах, в которых эта форма концентрации судопроизводства должна развиваться, могла стать более ясной.

¹ Rosenberg, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option For Mass Tort Cases* // 115 *Harv. L. Rev.* (2001–2002), p. 831–897.

Дмитрий Магоня¹

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ГРУППОВЫХ ИСКОВ В ГРАЖДАНСКОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

Институт коллективных (групповых) исков, получивший активное развитие в западных правовых системах в последние десятилетия, в процессуальной системе России по-прежнему остается в зачаточном состоянии, несмотря на введенную в 2009 г. в АПК РФ специальную главу.

Очевидно, что одна из основных причин невостребованности этого института в нашей стране на практике во многом состоит в недостаточном нормативно-правовом регулировании. Между тем опыт зарубежных стран наглядно продемонстрировал необходимость определенных изменений института коллективных исков. Применение таких исков за рубежом подняло ряд фундаментальных проблем юридино-социального характера. Стоит ли российскому законодателю заимствовать опыт западных правовых систем с целью сформировать правоприменительную практику или же необходимо выработать такую модель развития этого института, которая будет учитывать решения указанных выше противоречий и гармонично «вписываться» в гражданскую процессуальную систему России?

Нет сомнений в том, что коллективные иски позволяют за счет объединения в универсальную судебную процедуру неограниченно большого числа требований достигать процессуальной экономии как для самих истцов, так и для суда, наиболее полно охватывая интересы лиц, пострадавших от противоправного поведения ответчиков и предоставляя равные шансы каждому участнику группы на получение справедливого возмещения. Требования, являющиеся предметом группового иска, в противном случае едва ли могли бы быть предъявлены в суд, а ведение совокупности отдельных производств было бы неоправданно затратным для их участников во всех отношениях. В этом заключается польза данного института для общества в целом, поскольку он позволяет реализовать механизм защиты нарушенных прав неограниченно большого круга лиц.

В этой связи правовое регулирование должно соответствовать указанной цели. Соответственно, главным условием эффективного применения института коллективных исков в любой правовой системе является *наличие гарантированного права на судебную защиту*.

Следует отметить, что гражданское процессуальное право России допускает только некоторые формы групповых исков, которые должны признаваться в качестве независимых видов гражданских исков². АПК и ГПК РФ предусматривают так называемые в теории российского процессуального права публичные и организационные коллективные иски³, при этом только АПК РФ предусматривает ограниченные категории частных коллективных исков (см. далее). Стоит отметить, что правила гл. 28.2 АПК РФ не предоставляют абсолютную юрисдикцию

¹ Управляющий партнер юридической фирмы *Art de Lex* (Россия).

² *Аболонин Г.О.* Групповые иски в гражданском процессе: Дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 1999.

³ *Малешин Д.Я.* Гражданская процессуальная система России: Дис. ... д.ю.н. М., 2011.

арбитражным судам рассматривать дела по частным групповым искам, а относят к ней лишь те случаи, которые входят в компетенцию арбитражных судов. Применение мер, направленных на устранение данного безусловного упущения, должно стать следующим шагом для российского законодателя.

Однако и АПК РФ не лишен изъянов. Пункт 4 ст. 225.16 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд должен оставить заявление без рассмотрения, если после принятия его к производству установит, что оно подано лицом, не воспользовавшимся правом на присоединение к требованию о защите прав и законных интересов группы лиц, находящемуся в производстве арбитражного суда, к тому же ответчику и о том же предмете. Указанному лицу разъясняется право присоединиться к требованию о защите прав и законных интересов группы лиц в порядке, установленном ст. 225.10 АПК РФ. В случае же если арбитражный суд уже рассматривал дело по требованию о защите прав и законных интересов группы лиц и по нему имеется вступившее в законную силу решение, то производство по делу по заявлению лица, не воспользовавшегося правом на присоединение к данному требованию, к тому же ответчику и о том же предмете подлежит прекращению.

При этом очевидно противоречие с ч. 2 ст. 225.17 АПК РФ, в соответствии с которой обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением арбитражного суда по ранее рассмотренному делу о защите прав и законных интересов группы лиц, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела по заявлению участника этой же группы к тому же ответчику.

Кроме того, лицо могло не воспользоваться своим правом на присоединение к групповому иску по причине отсутствия у него сведений о таком судебном процессе. В этом случае безусловные основания для отмены судебного акта фактически не принимаются во внимание.

По справедливому мнению правоведов, данное правило противоречит самому принципу группового иска — свободе выбора для каждого участника группы, участвовать ему в судебном разбирательстве по групповому иску или нет¹.

В западных правовых порядках, где используется институт коллективного иска, участникам группы предоставляется право выбора при реализации своих субъективных гражданских и процессуальных прав. Участник группы вправе выйти из состава группы (так называемый выбор в пользу выхода — *opt-out*) либо присоединиться к группе (так называемый выбор в пользу присоединения — *opt-in*) в зависимости от той модели, которая закреплена в национальном праве. Каждая из этих двух моделей имеет свои преимущества и ограничения. В любом случае у члена группы сохраняется право на подачу самостоятельного иска к ответчику, если он откажется присоединиться к группе. Стоит отметить, что ни одна из европейских стран в данный момент не применяет чисто американскую модель групповых исков².

Нынешняя же редакция ст. 225.16 АПК РФ хотя и напоминает модель *opt-out*, не предоставляет лицу, не воспользовавшемуся правом на присоединение к группе, права на судебную защиту, поэтому получается, что нормы этой главы вынуждают

¹ См., например: *Аболонин Г.О.* Групповые иски в российском арбитражном процессуальном законодательстве — перспективы развития // *Гражданский и арбитражный процесс*. 2001. № 3.

² *Collective Actions in Europe*. Clifford Chance LLP, July 2010 // http://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDF/collective_actions_europe_2010.pdf

каждого участника многочисленной группы к участию в групповом производстве, в то время как судебная защита является правом, а не обязанностью лица (ст. 4 АПК РФ, ст. 3 ГПК РФ). Данный недостаток является отправной точкой для совершенствования российского процессуального законодательства.

Рассматривая условия для обращения в суд с коллективным иском, установленным ст. 225.10 АПК РФ, можно обнаружить другую проблему процессуального закона. Суть в том, что российский законодатель необоснованно сузил *сферу применения иска в защиту группы лиц*. АПК РФ устанавливает требование о наличии связи участников группы лиц единым правоотношением (объективный критерий группового иска). Теория правоотношения является одним из сложнейших и потому дискуссионных вопросов не только в российском праве, не говоря уже о правоприменительной практике. Тем не менее для целей эффективной судебной защиты требование ст. 225.10 АПК РФ фактически не позволяет применять коллективные иски. Например, имущественные групповые иски кажутся неприемлемыми с точки зрения российского права в силу того факта, что каждый член группы обладает обязательственным правом в отношении ответчика, возникающим из нарушения договора или из деликта¹. Таким образом, никакие частные групповые иски, имеющие основанием возмещение убытков, *de jure* и *de facto* не могут быть поданы в суд².

Представляется, например, что в российском законодательстве может быть применен подход, закрепленный в Федеральных правилах гражданского судопроизводства США 1938 г.³ В частности, наличие вопросов права или факта, общих для всей группы, а также типичность требований или возражений, которые предъявляют лица, представляющие от имени группы, для требований или возражений всей группы, представляется достаточным для возбуждения производства по коллективному иску. Безусловно, должно приниматься во внимание и условие о том, что соучастие всех участников группы может оказаться неэффективным и непрактичным ввиду особой многочисленности группы.

Кроме того, специалистами давно отмечено, что соответствующая глава в АПК РФ была предназначена для рассмотрения корпоративных споров, несмотря на открытый перечень требований, который может быть предметом таких исков (ст. 225.11 АПК РФ)⁴.

Поскольку в большинстве случаев групповые иски предназначены для объединения требований физических лиц, внесение соответствующих изменений в гражданское процессуальное законодательство России является насущной необходимостью.

¹ См. дополнительно мнения ФАС Московского округа по делу № А65-2305/2011 в отношении квалификации правоотношений по сделке (решение от 21 декабря 2011 г.).

² Данные юридические мнения были подтверждены апелляционным арбитражным судом в деле № А40-106587/11-6-913 (кассационное разбирательство еще находится в стадии рассмотрения).

³ *The Federal Rules of Civil Procedure*. 28 U.S.C. Rule 23.

⁴ См. Пояснительную записку Министерства экономического развития и Министерства торговли к Федеральному закону от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». В большинстве случаев предметом небольшого числа положительно разрешенных групповых исков является требование признания правового титула на совместное имущество (см., например, дела № А46-5540/2010, А40-107502/10-85-954, А40-26092/10-155-207 и А40-152425/10-155-1237).

Эффективное представительство интересов группы лиц является вопросом, с которого начинаются активные дискуссии вокруг коллективных исков в странах, в которых данный институт получил широкое применение.

Сейчас законодательство России наделяет представительскими полномочиями только участника группы. Однако объединения, созданные в соответствии с законодательством для защиты прав и интересов такой группы, в большинстве случаев этой возможности не имеют либо в силу отсутствия специальных правил, предусмотренных федеральным законодательством, либо в силу нечетких регулятивных норм, которые не закрепляют детальную процедуру по групповым искам.

Это проблема специального законодательства. Некоторые российские акты федерального законодательства предусматривают декларативные нормы в отношении представительских исков в защиту неопределенного круга лиц. Например, такими правами наделяются организация по защите прав потребителей и Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека¹, объединения инвесторов², общественные и некоммерческие объединения по защите окружающей среды³, уполномоченный федеральный орган по защите персональных данных⁴, уполномоченный федеральный орган по регулированию, контролю и надзору в сфере формирования и инвестирования средств пенсионных накоплений. Однако данные нормы носят декларативный характер по своей природе и отсылают к процессуальной праву.

АПК РФ сам содержит бланкетную норму о праве иных органов и организаций обратиться с коллективным иском (ч. 1 ст. 225.10 АПК РФ). В теории российского гражданского процессуального права такие иски могут классифицироваться как организационные и публичные групповые иски. Однако по смыслу закона речь не идет об органах государственной власти — опять же по той причине, что соответствующая глава АПК РФ акцентирует внимание на корпоративных спорах.

Часть 2 ст. 4, ст. 46 ГПК РФ позволяют в случаях, предусмотренных федеральными законами, возбуждать гражданское дело по заявлению лица, выступающего от своего имени в защиту прав, свобод и законных интересов другого лица, неопределенного круга лиц. Прокурор на основании ст. 45 ГПК РФ вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан (с определенными ограничениями), неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований. При этом защита прав, свобод и законных интересов гражданина по общему правилу допускается, если гражданин по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не может сам обратиться в суд. Необходимо отметить, что исключения из этого требования распространяются на ряд наиболее значимых сфер общественной жизни, в которых в большинстве случаев — по практике иностранных государств — возникает необходимость в использовании групповых исков (в сфере трудовых (служебных) отношений; защиты

¹ Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации».

² Федеральный закон от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг».

³ Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды».

⁴ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О защите персональных данных».

семьи, материнства, отцовства и детства; социальной защиты; обеспечения права на жилище в государственном и муниципальном жилищных фондах; охраны здоровья; обеспечения права на благоприятную окружающую среду; образования). Однако, как было сказано ранее, в силу отсутствия специальных норм, регламентирующих гражданское судопроизводство по таким искам, большая часть требований по групповым искам, в частности, носящих имущественный характер, на практике реализована быть не может.

В США и ряде стран Западной Европы в последние годы сформировалась устойчивая критика института представительства в групповых исках. Связана она с деятельностью самих представителей — адвокатов и юридических фирм, которые в большинстве случаев и являются инициаторами подобных исков к крупным корпорациям, рассматривая, по мнению экспертов из числа сторонников реформирования института коллективных исков, такой иск как экономическую возможность [извлечь выгоду за счет присужденных сумм].

По данным американского Института правовых реформ, функционирующего под эгидой Торговой палаты США, приведенным в июльском отчете 2008 г., за предшествующее десятилетие юридические компании только благодаря групповым искам в области ценных бумагах заработали около 17 млрд дол. Отмечалось, что девять из десяти публичных компаний, прошедших процедуру делистинга на американской фондовой бирже, признали, что проблема коллективных исков, с которыми им пришлось столкнуться, сыграла определенную роль в этом решении.

Большая часть присужденных компенсаций по коллективным искам уходит на оплату услуг юридических фирм, а их доверители получают существенно меньшие суммы. При этом надо признать, что коллективные иски являются весьма затратным мероприятием для юридических фирм и требуют порой колоссальных бюджетов. Однако когда многомиллионные и миллиардные иски сформированы из сотен тысяч и даже миллионов требований по несколько долларов на одного участника группы, возникает вопрос о реальном восстановлении прав таких лиц.

Профессиональное сообщество говорит о кризисе системы коллективных исков в США, подчеркивая необходимость определенных изменений¹. При этом, представляется, не обходится и без лоббирования корпорациями этого движения.

С одной стороны, для России такая проблема является пока теоретической — не только потому, что не сформирована судебная практика, но также потому, что до настоящего времени большой проблемой является защита в суде вознаграждений адвокатов и юридических фирм: российские суды не готовы признавать вознаграждения, привычные для развитого американского и европейского юридического рынка. Последний акцент также во многом связан с отсутствием в России единых стандартов юридической практики, соблюдение которых могло бы обеспечиваться самим профессиональным сообществом, как это реализовано в европейских странах и США. Эта проблема не менее актуальна в аспекте получения вознаграждения юристами истцов только при удовлетворении исковых требований судом.

С другой стороны, в рамках российской правовой системы вполне логично развивать правовую систему с целью предупреждения необоснованных коллективных

¹ См., например: Lisa Rickard, *The Class Action Debate in Europe: Lessons from the U.S. experience* // *The World Financial Review* Dec 4th, 2008.

исков, преследующих единственную цель получить гонорар (например, институт злоупотребления правом, предполагающий право суда отказать в судебной защите принадлежащего истцу права).

Представляется, что для обеспечения судебной защиты неограниченного числа физических лиц необходимо расширять презумпции представительства. Общества защиты прав потребителей, а также объединения потребителей могли бы эффективно защищать интересы граждан, пострадавших от нарушения корпорациями их прав, например, в делах о нарушении антимонопольного законодательства. Одновременно законодателю необходимо разрешить вопрос о механизме аккумулярования и распределения присужденных компенсаций, например, за счет формирования специальных денежных фондов и способов обеспечения использования таких фондов (включая правила по управлению такими фондами, ответственность уполномоченных лиц за нецелевое использование фондов и др.). Без таких инструментов реальная защита нарушенных прав будет невозможна.

Среди российских юристов существует также мнение, что следует наделить процессуальным статусом саму многочисленную группу как таковую¹. Однако проблема представительства ее интересов в суде таким образом не решится. Гораздо более важным является урегулирование отношений между участниками группы лиц с целью разрешения возможных противоречий внутри самой группы.

Следует критически отнестись к предложению ряда юристов об использовании механизмов, выработанных законодательством и судебно-арбитражной практикой по делам о банкротстве, а именно: дополнить АПК РФ положением о процессуальном статусе «собрания группы лиц» (по аналогии с собранием кредиторов при банкротстве)².

В отличие от группы кредиторов, интересы которых не являются и не могут быть общими для всех участников такой группы (поскольку каждый из них заинтересован в первоочередном удовлетворении собственных требований к ответчику), введение собрания группы лиц, количество участников которой может быть значительным, способно существенным образом затянуть судебный процесс по коллективному иску (начиная с уведомления о собрании, его проведении (даже в заочной форме) и заканчивая принятием решений по спорным вопросам).

Другим важным вопросом является *«увязывание» норм процессуальных кодексов о коллективных исках с системой соответственно гражданского и арбитражного судопроизводства в единое целое*. Так, гл. 28.2 АПК РФ не регулирует вопрос о том, может ли дело, возбужденное по иску, предъявленному несколькими истцами, быть в дальнейшем рассмотрено в порядке «группового производства».

Не менее остро стоит вопрос *уведомления* участников группы о судебном процессе по коллективному иску, которое является в гражданской процессуальной системе России традиционно обязанностью суда. Форма такого уведомления должна стать универсальной, а не определяться по усмотрению суда в каждом конкретном случае. Представляется также, что заявление о присоединении к требованию по групповому

¹ Журбин Б. Собрание группы лиц как выражение принципа диспозитивности при рассмотрении арбитражными судами дел по групповым искам // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 10 // СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

иску должно направляться участником группы непосредственно в суд, который и учтет его в числе таковых. Это позволит избежать злоупотреблений со стороны представителя группы, инициировавшего иск.

Другим спорным вопросом является *конфликт нескольких групповых исков*. Западной судебной практике известны многочисленные примеры, когда ответчик через адвокатов намеренно инициирует формирование группы лиц с тем, чтобы получить право на предъявление такого иска. Правило 23(g)(2)(B) Кодекса США, например, позволяет суду назначать того заявителя, который наиболее способен справедливо и адекватно представлять интересы группы. В российское законодательство также следовало бы внести положение о необходимости утверждения заявителя иска в качестве представителя группы и дополнить его положениями о порядке разрешения коллизий между несколькими поданными исками.

Резюмируя описанные выше проблемы, которые во многом только предстоит разрешить российскому законодателю, с тем чтобы модернизировать гражданскую процессуальную систему и создать условия для формирования и активного использования коллективных исков, следует подчеркнуть, что эффективное развитие одного института невозможно без адекватного развития самой процессуальной системы и смежных областей. У России есть возможность создать такую систему коллективных исков, которая была бы лишена недостатков, с которыми столкнулись зарубежные страны, с учетом особенностей российской правовой культуры и правовой системы.

СЕКЦИЯ 6. КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ В ЕВРАЗИИ

Основной доклад

Иван Марисин, управляющий партнер Московского офиса юридической фирмы *Quinn Emanuel Trial lawyers*, Россия¹

Национальные доклады

- Россия: **Евгений Суханов**, Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова
- СНГ: **Валерий Мусин**, Санкт-Петербургский государственный университет

Евгений Суханов²

РОССИЙСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ В РОССИИ

Арбитражный способ разбирательства имущественных споров предпринимателей — прямое и неизбежное следствие развития в экономике рыночных отношений и юридически оформляющих их частноправовых начал, прежде всего основополагающего принципа свободы (инициативы и диспозитивности) в осуществлении частными собственниками принадлежащих им имущественных прав. Он объективно вытекает из признания свободы договоров и права частного собственника самостоятельно распоряжаться принадлежащим ему имуществом. Поэтому как в национальных правовых порядках, так и в международном торговом обороте возможность арбитражного разбирательства коммерческих споров стала одним из основополагающих принципов правовой организации предпринимательской деятельности.

Поскольку в советское время в России господствовала плановая организация экономики, основанная на огосударствленном хозяйстве, исключавшем частную

¹ Доклад отсутствует в письменном виде.

² Председатель Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ и заместитель председателя Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (Россия).

³ Председатель Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ и заместитель председателя Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ (Россия).

собственность на наиболее важные виды имущества (земля, основные средства производства и наиболее ценные объекты социально-культурного характера находились в исключительной собственности государства), отсутствовало и частное предпринимательство, и свойственный ему независимый от государства арбитражный порядок разбирательства имущественных споров. Этот последний по необходимости применялся только во внешнеторговых отношениях государства (государственных внешнеторговых организаций) с иностранными контрагентами, т.е. в международно-правовой сфере. При Всесоюзной торговой палате (впоследствии — Торгово-промышленная палата СССР, а в настоящее время — ТПП РФ) с 1930 г. действовала Морская арбитражная комиссия (далее — МАК), а с 1932 г. — Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК, преобразованная в начале 80-х гг. прошлого века в Арбитражный суд при ТПП СССР, а спустя примерно десятилетие — в ныне действующий Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ). Эти организации представляют собой постоянно действующие (институциональные) арбитражи, причем МАК стала первым институциональным международным коммерческим арбитражем в России и одним из старейших морских арбитражей в мире¹.

Таким образом, коммерческий арбитраж в современной России изначально формировался как *международный и институциональный арбитраж* при объединении предпринимательских организаций (торговой палате), что впоследствии оказало существенное влияние на становление и развитие всей системы современного российского коммерческого арбитража (третейских судов).

При этом следует отметить и другое важное обстоятельство: в условиях огосударствленной экономики имущественные споры между государственными предприятиями и организациями, не являвшимися собственниками своего имущества (а следовательно, и не имевшими реального экономического интереса в защите своих имущественных прав), рассматривались и разрешались не обычными государственными судами, а специальными юрисдикционными органами — *государственными арбитражами*, причем в особом процессуальном порядке, отчасти напоминавшем традиционную арбитражную процедуру (а в большинстве случаев — фактически даже на основании специальных правовых норм, принимавшихся возглавлявшим эту систему государственных органов Государственным арбитражем СССР).

При переходе к рыночной организации экономики в начале 90-х гг. прошлого века система государственных арбитражей была преобразована в самостоятельную ветвь судебной системы — *государственные арбитражные суды*, обособленные от государственных судов общей юрисдикции и разбирающие имущественные споры юридических лиц по особым процессуальным правилам, установленным АПК РФ. В результате этого в России не только появились две системы независимых друг от друга государственных судов по гражданским (имущественным) спорам, но и само понятие «арбитраж» в российском правопорядке теперь обычно

¹ Подробнее об этом см.: Третейский суд. 2011. № 1. С. 8 и сл. (специальный выпуск, посвященный 80-летию МАК при ТПП РФ).

ассоциируется с государственным коммерческим («арбитражным») судом, тогда как арбитражи в традиционном понимании стали называться «третейскими судами»¹.

Как следствие названных обстоятельств, коммерческий арбитраж в России, предназначенный для разбирательства «внутренних» споров между российскими предпринимателями, получил название «третейского разбирательства», тогда как при разрешении международных предпринимательских споров («с иностранным участием») нередко используется понятие «арбитраж» («арбитражный суд») в общепринятом смысле. В настоящее время понятием «третейские суды» в российской правовой доктрине охватываются как международные, так и «внутринациональные» коммерческие арбитражи (постоянно действующие и арбитражи *ad hoc*).

Это положение законодательно отражено и в двух действующих российских законах, посвященных третейскому разбирательству: в Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о международном коммерческом арбитраже) и в Федеральном законе от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах). Более того, до принятия ныне действующего АПК РФ оспаривание решений международного арбитража и выдача документов на их принудительное исполнение осуществлялись судами общей юрисдикции (обычно — Московским городским судом), тогда как оспаривание решений «внутренних» третейских судов и выдача документов на их принудительное исполнение изначально (с 1992 г.) осуществлялись государственными арбитражными судами. С 2002 г. эти процедуры в отношении решений всех третейских судов осуществляются только государственными арбитражными судами.

Все это позволяет говорить и о фактическом наличии в России *двух систем коммерческого арбитража* (или «третейского разбирательства»): в форме международных арбитражей (институциональных и (или) *ad hoc*) и в форме «внутренних» третейских судов (также институциональных или *ad hoc*). Организационно они могут быть выражены по-разному: например, при ТПП РФ существуют два разных постоянно действующих третейских суда (списочный состав арбитров которых в определенной мере совпадает): Международный коммерческий арбитражный суд (далее — МКАС) и Третейский суд для разрешения экономических споров, тогда как Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате рассматривает предпринимательские споры как между российскими предпринимателями, так и их споры с иностранными предпринимателями (соответственно руководствуясь при этом одним из двух указанных выше российских законов).

Вместе с тем такое в определенной мере искусственное «удвоение» коммерческого арбитража порождает и некоторые практические проблемы. Так, споры компаний с иностранными инвестициями и российских компаний обычно относятся к компетенции международного арбитража, но поскольку и те, и другие являются юридическими лицами российского права, не исключено рассмотрение их споров в третейских судах (разумеется, при наличии соответствующего третейского соглашения сторон спора).

¹ Следует отметить, что третейские суды по спорам между гражданами, предусматривавшиеся еще Приложением № 3 к ГПК РСФСР 1964 г., не получили реального распространения ни в советское, ни в постсоветское время.

Вопрос об унификации российских законов о международном коммерческом арбитраже и о третейских судах пока не является актуальным, ибо «планка» требований, установленная первым из этих законов (который почти текстуально воспроизводит содержание аналогичного Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г.), такова, что пока ей не в состоянии реально соответствовать многие из «внутренних» российских третейских судов, а теоретически возможная унификация российского законодательства о коммерческом арбитраже, по мнению наиболее авторитетных специалистов, должна осуществляться на базе Закона о международном коммерческом арбитраже.

Данное положение объясняется тем, что с момента появления третейских судов (как и в целом с начала рыночных преобразований в России) прошло всего примерно 20 лет. Толчком к становлению третейских судов в современной России стало имевшее силу закона Временное положение о третейских судах для разрешения экономических споров 1992 г. (хотя, например, биржевые арбитражи возникали и ранее этого времени, фактически — с момента появления товарных и других бирж в конце 80-х — начале 90-х гг. и действовали на основании биржевого законодательства). На основе этого Временного положения в течение десяти лет, предшествовавших принятию в 2002 г. ныне действующего Закона о третейских судах, в России было создано около 450 постоянно действующих третейских судов, из которых примерно пятая часть — при региональных торгово-промышленных палатах.

Координатором данного процесса выступила ТПП РФ, при которой в числе первых (осенью 1992 г.) был создан Третейский суд для разрешения экономических споров. Предполагалось, что наряду с имущественными спорами российских предпринимателей данный третейский суд будет также рассматривать их споры с предпринимателями из стран СНГ (бывших союзных республик), сохранивших экономические связи с российскими партнерами (фактически им ежегодно рассматривается небольшое количество таких споров). Создание названного институционального арбитража изначально имело целью не только разбирательство конкретных предпринимательских конфликтов в имущественной сфере, но и формирование некоей образцовой, «пилотной» структуры, на примере которой можно было бы изучать конкретный опыт третейского разбирательства со всеми его проблемами и в дальнейшем пропагандировать его достижения.

При создании этого институционального коммерческого арбитража был широко учтен богатый опыт действовавших многие десятилетия ВТАК (МКАС) и МАК: их внутренние документы (положения, регламенты, положения о третейских сборах и расходах) были взяты за образец при составлении аналогичных документов для нового Третейского суда, а состав его судей в значительной мере совпадал со списками арбитров ВТАК и МАК. ТПП РФ обеспечила всю необходимую организационную и имущественную базу для его успешной работы.

Более того, в основном на базе Третейского суда для разрешения экономических споров ТПП РФ вскоре был создан общественный Совет по работе с третейскими судами, который начал координацию и пропаганду работы третейских судов, главным образом созданных при региональных торгово-промышленных палатах. В 2001 г. он был преобразован в Российский центр содействия третейскому разбирательству. Названный Совет, а затем Центр оказали значительную методическую помощь вновь организуемым третейским судам в разработке их внут-

ренных документов, обучении и консультировании третейских судей; проводили многочисленные учебно-практические семинары и общественную аккредитацию и сертификацию постоянно действующих третейских судов и их судей и с помощью ТПП РФ даже провели два всероссийских съезда третейских судов. Было также организовано издание журнала «Третейский суд», в котором помимо многочисленных теоретических и информационных публикаций стала широко освещаться правоприменительная практика лучших третейских судов, составляющая определенный ориентир для других коммерческих арбитражей, и проводиться обсуждение различных дискуссионных вопросов практического характера.

С целью развития коммерческого арбитража в России, обеспечения единства правоприменительной практики и повышения защиты законных прав и интересов предпринимателей в 2003 г. ТПП РФ был заключен Договор о сотрудничестве с ВАС РФ, который сыграл определенную роль в укреплении их взаимодействия в развитии третейского разбирательства споров и послужил образцом для заключения нескольких десятков аналогичных по содержанию договоров между региональными торговыми палатами и государственными арбитражными судами отдельных российских регионов. Указанным Центром были подготовлены и одобрены Согласительный регламент и Правила по оказанию содействия в рассмотрении конкретного спора (*ad hoc*), призванные содействовать развитию различных альтернативных способов разбирательства предпринимательских споров; совместно с президиумом МКАС при ТПП РФ разработаны Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, а также другие документы методического и рекомендательного характера.

Вся эта работа оказалась крайне необходимой и полезной в условиях заново формирующихся в России рыночных отношений и их частноправового оформления, отсутствия общепризнанных традиций и обычаев самостоятельного разрешения имущественных споров, огромного разнообразия многочисленных российских регионов. Опыт работы Третейского суда при ТПП РФ и других третейских судов при торгово-промышленных палатах показал, что создание коммерческих арбитражей при такого рода объединениях предпринимателей в наибольшей мере отвечает существу и задачам третейского разбирательства коммерческих споров (хотя в настоящее время в России достаточно успешно функционируют и третейские суды при некоторых других организациях, объединяющих профессиональных юристов, а также при крупных предпринимательских объединениях холдингового типа).

Практика также подтвердила целесообразность создания добровольных общественных объединений третейских судов, позволяющих осуществлять *саморегулирование* их деятельности. Не случайно наряду с Российским центром содействия третейскому разбирательству споров, уже около 10 лет функционирующим при ТПП РФ, недавно была создана Национальная третейская палата в Новосибирске, объединившая около десяти постоянно действующих региональных арбитражей и поставившая в качестве одной из своих главных задач разработку некоторых стандартов деятельности постоянно действующего третейского суда¹.

¹ См.: Третейский суд. 2011. № 6. С. 9.

Можно сказать, что к моменту принятия в 2002 г. ныне действующего Закона о третейских судах в России *завершился этап их первоначального создания* и становления и начался новый этап их дальнейшего развития. Сегодня в России работают несколько сотен постоянно действующих третейских судов, ежегодно рассматривающих несколько тысяч предпринимательских споров (что вместе с тем составляет менее одного процента от общего числа таких споров, рассматриваемых государственными арбитражными судами). В предпринимательских кругах отмечается рост доверия к негосударственным третейским судам как к одной из основных форм альтернативного государственному судопроизводству разбирательства споров, особенно на фоне дефицита доверия, испытываемого предпринимателями к государственным судам. Все это говорит как о больших неиспользованных возможностях коммерческого арбитража в России, так и о наличии в его деятельности ряда трудностей и проблем.

К числу первостепенных вопросов следует отнести до конца не выясненную теоретически природу третейского разбирательства (коммерческого арбитража), что дает возможность отдельным ученым и судьям отрицать обязательный характер арбитражных решений и рассматривать их в качестве неких «рекомендаций сторонам конфликта» или «предварительных (досудебных) процедур» либо даже объявлять разновидностью «платных юридических услуг», подобных адвокатским консультациям. Такая позиция создает разнобой в правоприменительной практике и в ряде случаев становится теоретической базой для указаний государственным судам о допустимости проверки по существу решений, вынесенных третейскими судами (коммерческими арбитражами), включая новую оценку имеющихся в деле доказательств (что прямо противоречит п. 1 ст. 46 Закона о третейских судах), а также о возможности произвольного сужения компетенции третейских судов за счет споров из «частноправовых отношений с публичным элементом» (например, споров о недвижимых вещах, права на которые подлежат государственной регистрации, или некоторых корпоративных споров, связанных с контролируемой государственными органами эмиссией акций¹).

Между тем согласно п. 1 ст. 11 ГК РФ, посвященной судебной защите гражданских прав, защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет «суд, арбитражный суд или третейский суд (далее — суд)». В соответствии со ст. 40 Закона о третейских судах при наличии в третейском соглашении записи об окончательном характере решения третейского суда оно не подлежит оспариванию в государственном суде, а согласно п. 1 ст. 45 названного Закона добровольно не исполненное решение третейского суда подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выданного государственным судом. Третейский суд по правилам ст. 25 указанного Закона вправе также распорядиться о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, а компетентный государственный суд может принять принудительные меры по обеспечению иска, рассматриваемого в третейском суде. Перечисленные нормы закона не оставляют сомнений в юрисдикционной природе третейского разбирательства и его обяза-

¹ Критическую оценку этих подходов см., например: *Комаров А.С.* Некоторые замечания по поводу третейского разбирательства корпоративных споров // Основные проблемы частного права. М., 2010. С. 544 и сл.

тельности для сторон спора, добровольно подчинивших себя юрисдикции коммерческого арбитража (третейского суда).

Относительно компетенции третейского суда («арбитрабельности» рассматриваемых им споров) следует отметить, что в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах в них могут рассматриваться споры из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом (как это, например, предусмотрено п. 3 ст. 33 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», прямо исключающим возможность передачи споров по банкротству на рассмотрение третейских судов), но не актами судебного толкования норм АПК РФ, как это до недавнего времени нередко имело место в отечественной правоприменительной практике.

В науке и практике до последнего времени встречались также попытки трактовать третейское разбирательство как необоснованное ограничение конституционного права на судебную защиту, а невозможность рассмотрения в государственном суде коммерческого спора при наличии третейского (арбитражного) соглашения его сторон — как необоснованный отказ в правосудии, несмотря на то что КС РФ в своих определениях неоднократно отмечал, что обязательность третейского разбирательства и решения третейского суда для добровольно выбравших его юрисдикцию сторон спора следует рассматривать как *добровольное самоограничение* в осуществлении их права на судебную защиту, самостоятельный выбор одной из ее форм, предусмотренных законом, а не как отказ от правосудия. Своеобразным «венцом» названных «усилий» по фактическому противодействию развитию третейского разбирательства стал запрос Президиума ВАС РФ в КС РФ о проверке конституционности положений п. 1 ст. 11 ГК РФ, а также законов о международном коммерческом арбитраже и о третейских судах в части определения ими подведомственности споров третейским судам, в частности имущественных споров о недвижимости, связанных с государственной регистрацией прав на нее, который вызвал негативную реакцию со стороны практически всех серьезных специалистов¹.

КС РФ в своем Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П по данному запросу Президиума ВАС РФ не только не поддержал необоснованную позицию последнего, но и прямо указал как на соответствие Конституции РФ оспаривавшихся законодательных норм, так и на незаконность ряда положений, сложившихся в правоприменительной практике. При этом он отметил, что третейские суды действуют «в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями», а такая общепризнанная альтернативная форма защиты прав, как третейское разбирательство, «расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота» посредством «общественного саморегулирования», не превращающегося «в собственно судебную форму защиты права», но выражающего «тенденцию к упрочению демократических начал правосудия»².

В отношении компетенции («арбитрабельности») рассматриваемых третейскими судами споров «с публично-правовым элементом» КС РФ указал, что государственная регистрация прав на недвижимость не затрагивает содержания самого

¹ См.: Третейский суд. 2011. № 2. С. 21 и сл.; № 4. С. 125 и сл.; № 5. С. 9 и сл.

² Вестник КС РФ. 2011. № 4.

гражданского права и не влияет на юридическую природу такого частноправового спора в целом, а потому «не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее возможность передачи споров по поводу недвижимого имущества на рассмотрение третейских судов»¹. Такая позиция КС РФ стала огромным стимулом и важнейшей вехой на пути развития коммерческого арбитража в современной России, получив общественное одобрение даже со стороны наиболее критически настроенных специалистов².

Другая группа проблем развития коммерческого арбитража связана с принудительным исполнением арбитражных решений, прежде всего с участвовавшими отказами в выдаче документов на принудительное исполнение из-за нарушения «публичного порядка» или «основополагающих принципов российского права» (которыми в правоприменительной практике одно время, например, считались арбитражные решения о взыскании с ответчика чрезмерно значительной, по мнению государственного суда, неустойки³), которые вместо исключительного характера в практике некоторых государственных арбитражных судов стали приобретать значение едва ли не общего правила.

С другой стороны, проигравшие дело предприниматели нередко уклоняются от добровольного исполнения решений третейских судов, недобросовестно используя для этого возможность оспаривания арбитражных решений во всех инстанциях государственных судов вплоть до ВАС РФ. Такое затягивание исполнения принятых третейскими судами решений лишает саму третейскую процедуру разбирательства споров одного из ее основных преимуществ и серьезно снижает ее привлекательность в глазах участников предпринимательского оборота. В этой связи в настоящее время готовятся и обсуждаются предложения об изменении норм процессуального законодательства об оспаривании арбитражных решений путем ограничения возможности их обжалования лишь одной из государственных судебных инстанций.

Серьезные проблемы сложились с применением арбитражами принудительных мер обеспечительного характера. Очевидно, что применение таких мер практически невозможно без участия государственных судов (тем более что во многих случаях оно затрагивает интересы третьих лиц, например кредиторов ответчика), однако и полное исключение такой возможности для коммерческих арбитражей, к которому склонны российские государственные суды, также представляется необоснованным и не соответствующим современным тенденциям развития законодательства об арбитраже. Законодательного разрешения этого спора можно ожидать в ходе обсуждения Государственной Думой РФ проекта изменений в Закон о международном коммерческом арбитраже, который в первоначальном варианте содержал подготовленные в ЮНСИТРАЛ изменения в Типовой закон 1985 г., в том числе касающиеся расширения возможностей применения арбитражами обеспечительных мер.

В целом же представляется, что многие из перечисленных проблем носят не содержательный, а в основном организационный характер и, несомненно, будут

¹ Там же.

² *Карбельников Б.Р.* Конституционный Суд объяснил, что такое арбитрабельность и публичный порядок. Но арбитражные суды этого пока не услышали // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2011. № 2 (4). С. 249 и сл.

³ См.: *Скворцов О.Ю.* Вновь о применении третейским судом статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации // *Третейский суд*. 2006. № 2. С. 75–76.

успешно разрешены в ходе дальнейшего развития российского законодательства о коммерческом арбитраже и соответствующей ему правоприменительной практики. В своем большинстве это, несомненно, «проблемы роста», ряд из которых в какой-то мере неизбежен в условиях быстро формирующегося в современной России рыночного имущественного оборота и соответствующих ему частноправовых форм.

Валерий Мусин¹

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ДОКЛАД СНГ

О СПОСОБАХ АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ В РАМКАХ СНГ

Переход России и других государств — участников СНГ к рыночной экономике, их интеграция в мирохозяйственную систему в сочетании с характерными для современного этапа мировой истории процессами глобализации закономерно влекут прогрессирующее развитие внешнеэкономической деятельности, сопровождаемое увеличением числа и диверсификацией содержания коммерческих споров.

Интересами бизнес-сообщества в их скорейшем и наиболее эффективном урегулировании обусловлен растущий спрос на такие способы преодоления разногласий, возникающих в ходе международной торговли, которые служат альтернативой рассмотрению дел государственными судами с их формализованной, длительной и многостадийной процедурой.

В связи с этим все более востребованными оказываются третейские суды (включая международные коммерческие арбитражи) и посредничество (медиация).

Преимущества третейских судов состоят прежде всего в том, что спорящие стороны располагают значительно большими, нежели в государственных судах, возможностями непосредственно влиять как на формирование арбитражного состава, назначая (или во всяком случае рекомендуя кандидатуры) третейских судей, так и на порядок ведения самого разбирательства.

Как известно, третейские суды бывают «разовыми» (*ad hoc*) или постоянно действующими (институциональными).

В третейских судах *ad hoc* стороны сами определяют этот порядок, используя типовые регламенты лишь в качестве рекомендаций. Постоянно действующие третейские суды имеют свои регламенты, состоящие почти исключительно из диспозитивных правил, следование которым зависит от усмотрения сторон.

Если государственные суды рассматривают дела в открытом режиме (кроме случаев, когда затрагиваются вопросы, относящиеся к государственной, коммерческой или иной охраняемой законом тайне), то деятельность третейских судов базируется на принципе конфиденциальности, что весьма существенно для торгового оборота,

¹ Председатель Президиума Международного центра по урегулированию споров при Экономическом суде СНГ, заведующий кафедрой гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета (Россия).

ибо предание гласности некоторых деталей, обсуждаемых в ходе процесса, может негативным образом сказаться на деловой репутации истца и (или) ответчика.

И хотя принудительное исполнение решения третейского суда как добровольного форума неосуществимо без содействия государственного суда, последний, во-первых, вправе отказать в выдаче исполнительного листа лишь в строго ограниченном числе случаев, исчерпывающим образом перечисленных в нормах международного и национального права, и, во-вторых, при всех обстоятельствах не должен пересматривать третейское решение по существу.

Что же касается медиации, то она имеет преимущество как перед государственными, так и перед третейскими судами, поскольку решение любого суда (будь то третейский или государственный) выносится в пользу одной (и, соответственно, против другой) стороны, сотрудничество которых после процесса нередко прекращается. В отличие от этого, медиация призвана содействовать сторонам конфликта найти с помощью посредника взаимоприемлемое решение, благодаря чему они в случае успешного исхода переговоров продолжают оставаться партнерами.

Среди постоянно действующих международных коммерческих арбитражных судов высоким авторитетом пользуются, например, Арбитражный институт при Торговой палате Стокгольма, Лондонский международный коммерческий арбитраж, Международный коммерческий арбитраж при Международной торговой палате (Париж) и др. Отмеченным (как и иным) международным форумам нередко приходится рассматривать споры между коммерческими организациями, расположенными в государствах, принадлежащих к различным правовым системам.

Между тем правовые системы стран СНГ, не будучи, разумеется, идентичными, в значительной мере сходны, что, несомненно, облегчает как разрешение споров, так и медиативное урегулирование разногласий между хозяйствующими субъектами этих стран.

Не случайно Экономический суд СНГ Постановлением Пленума от 22 июня 2007 г. инициировал создание при нем соответствующих структур. 4 апреля 2008 г. был образован Международный центр по урегулированию споров при Экономическом суде Содружества Независимых Государств, в качестве учредителей которого выступили Экономический суд СНГ, Секретариат Совета Межпарламентской Ассамблеи СНГ, Международный союз общественных объединений юристов «Международный Союз юристов». В составе Международного центра сформированы постоянно действующий Третейский суд и Палата посредников, деятельность которых регулируется соответственно Арбитражным регламентом и Примирительным регламентом, разработанными с учетом правил, сложившихся в практике международного третейского разбирательства и посреднической деятельности.

Применительно к Третейскому суду Международного центра прежде всего необходимо установить круг и субъектный состав подведомственных ему споров. Для этого предстоит ответить на следующие вопросы.

1. Охватывает ли юрисдикция Третейского суда только международные или также и внутренние споры?

Например, согласно п. 2 ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» «в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и других гражданс-

ко-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей¹, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации»². В итоге данный Закон допускает рассмотрение международным коммерческим арбитражем (в частности, МКАС при ТПП РФ³) не только международных, но — при определенных условиях — также и внутренних споров.

2. Может ли Третейский суд рассматривать споры лишь между коммерческими организациями либо также споры с участием публично-правовых образований (в частности, государств)?

Например, Модельный закон ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже», относя к юрисдикции арбитража споры коммерческого характера безотносительно к их договорному или внедоговорному происхождению, не вводит каких-либо ограничений в плане их субъективного состава. Такие ограничения отсутствуют и в упомянутом выше российском Законе от 7 июля 1993 г.

Согласно ГК РФ Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, а также муниципальные образования «выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами» (п. 1 ст. 124), причем к указанным субъектам «применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов» (п. 2 ст. 124).

Гражданско-правовые отношения между государством, с одной стороны, и физическим или юридическим лицом — с другой (иногда именуемые «диагональными» ввиду участия в них публично-правового образования, каким является государство), имеют цивилистическую природу, и потому возникающие в связи с ними споры могут быть (при наличии соответствующего соглашения) переданы в третейский суд.

Вместе с тем специфика отношений такого рода послужила основанием для разработки особого механизма для третейского разбирательства коммерческих разногласий между государствами и частными лицами, воплощенного в Вашингтонской конвенции 1965 г. «О разрешении инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств»⁴.

¹ Здесь речь идет о спорах между сторонами, имеющими различную государственную принадлежность, в связи с чем такие споры следует квалифицировать как международные.

² Предприятия с иностранными инвестициями (независимо от размера иностранной доли в их уставном капитале) приобретают статус российских юридических лиц (см. ст. 1214 ГК РФ). Поэтому споры между ними и их участниками либо между ними и другими субъектами российского права являются внутренними, поскольку в таких спорах не участвуют лица иной государственной принадлежности.

³ См. п. 1 § 2 Регламента МКАС.

⁴ Этот механизм (Международный центр по разрешению инвестиционных споров) обязателен для государств — участников данной Конвенции. Коммерческие споры между частными лицами и государствами, в ней не участвующими (к их числу относится и Российская Федерация), в случае их передачи в третейский суд рассматриваются по правилам, содержащимся в других международных соглашениях (такова, например, Нью-Йоркская конвенция 1958 г. «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»).

3. Ограничивается ли юрисдикция Третейского суда разрешением гражданско-правовых споров между хозяйствующими субъектами стран СНГ или он может принимать к своему производству и споры с участием лиц, имеющих иную государственную принадлежность?

Например, участниками Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.) являются, наряду с государствами, расположенными в Европе, также Буркина Фасо и Куба.

Согласно п. 1 ст. 1 Арбитражного регламента Международного центра по урегулированию споров при Экономическом суде СНГ «Третейский суд рассматривает на основании арбитражного соглашения сторон конкретный спор, возникающий:

из осуществления международных экономических связей между государствами — участниками СНГ и хозяйствующими субъектами указанных государств;

из осуществления международных экономических связей между хозяйствующими субъектами государств — участников СНГ;

иные споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на его разрешение».

Как явствует из приведенной формулировки:

1) Третейский суд специализируется на рассмотрении споров между субъектами, имеющими различную государственную принадлежность, и внутренние споры не рассматривает (см. абз. 3);

2) юрисдикция Третейского суда охватывает внешнеэкономические споры как между хозяйствующими субъектами различных стран СНГ на обеих сторонах, так и между хозяйствующим субъектом, с одной стороны, и государством — участником СНГ — с другой¹ (см. абз. 2). Иными словами, компетенция Третейского суда включает и споры, возникающие из «диагональных» отношений;

3) словосочетание «иные споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на его [Третейского суда] разрешение» (абз.

4) указывает на то, что подведомственность Третейского суда не ограничивается спорами в рамках СНГ. Внешнеэкономический спор с участием (на одной или обеих сторонах) лиц, имеющих иную государственную принадлежность, может быть предметом рассмотрения в Третейском суде при наличии соответствующего арбитражного соглашения.

Требования к письменной форме арбитражного соглашения считаются соблюденными, «если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на исковое заявление, в котором одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен

¹ В этом отношении весьма показательно правило, изложенное в последнем абзаце п. 1 ст. 1 Регламента: «Стороны — субъекты публичных отношений, обладающие иммунитетом, заключая арбитражное соглашение о будущем рассмотрении спора в Третейском суде, отказываются от судебного иммунитета в отношении возможного разбирательства, обеспечения иска и исполнения решения».

в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора».

Нельзя не заметить практически полного текстуального совпадения данного правила с нормой п. 2 ст. 7 Модельного закона ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже» (в ее первоначальной редакции).

В Арбитражном регламенте получили отражение и многие другие нормы Модельного закона, в частности о порядке формирования коллегиального арбитражного состава, об условиях и процедуре отвода арбитров, об установлении применимого права, об обеспечительных мерах и т.д.

Вместе с тем Регламент дает ответы на некоторые вопросы, не затронутые в Модельном законе. В этом Законе, например, предусмотрено, что в случае рассмотрения дела коллегией арбитров (состоящей обычно из трех человек) решение принимается большинством голосов.

В принципе не исключена, однако, и такая ситуация, когда каждый арбитр будет придерживаться своего (отличного от других) мнения, и ни одно из них не наберет большинства голосов.

На подобные случаи рассчитано положение, содержащееся, в частности, в п. 2 § 38 Регламента МКАС при ТПП РФ, согласно которому «решение принимается большинством голосов состава арбитража. Если решение не может быть принято большинством голосов, оно принимается председателем состава арбитража».

Аналогичный (хотя и не идентичный) подход воспринят и Арбитражным регламентом Международного центра по урегулированию споров при Экономическом суде СНГ. В соответствии с п. 1 ст. 27 Регламента «при рассмотрении дела составом из трех арбитров третейское решение или иное постановление Третейского суда принимается большинством арбитров. Если решение не может быть принято большинством голосов, то стороны избирают других арбитров. Если вновь избранные арбитры не могут принять решение, то оно принимается председателем состава Третейского суда».

Специального внимания заслуживают также правила Арбитражного регламента относительно порядка исполнения решений Третейского суда.

Статья 37 Регламента гласит: «решение третейского суда является окончательным и исполняется добровольно в порядке и сроки, установленные в решении. Если в решении срок исполнения не установлен, оно подлежит немедленному исполнению».

В случае отказа или уклонения от добровольного исполнения принудительное исполнение решения производится в соответствии с нормами международного права и процессуального законодательства места исполнения».

Процедура принудительного исполнения решения третейских судов регламентирована в нескольких международных соглашениях. Такова прежде всего Нью-Йоркская конвенция 1958 г. «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», определяющая как порядок обращения с соответствующим ходатайством (см. ст. IV), так и основания для отказа в признании и принудительном исполнении иностранного третейского решения (см. ст. V).

Нормы Конвенции отражены в ст. 239 АПК РФ.

Эта Конвенция является универсальной по охвату участвующих в ней государств.

Вместе с тем в рамках СНГ действует Соглашение «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» (Киев, 1992 г.), регулирующее упомянутые вопросы применительно к решениям иностранных судов (включая третейские) существенно отличным образом (см. ст. 8 и 9).

Противоречий между данными международными соглашениями нет, поскольку согласно содержащемуся в п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции прямому указанию ее постановления «не затрагивают действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных Договаривающимися Государствами».

Соответственно, принудительное исполнение третейских решений по спорам, стороны которых имеют государственную принадлежность к странам, участвующим в Киевском соглашении, осуществляется по нормам этого Соглашения¹, тогда как если хотя бы одной стороной разрешенного третейским судом спора окажется организация, имеющая иную государственную принадлежность, обращение такого третейского решения к принудительному исполнению должно производиться по правилам Нью-Йоркской конвенции.

Третейский суд должен всячески содействовать заключению сторонами спора мирового соглашения, однако если такого соглашения достигнуть не удалось, вынужден вынести решение об удовлетворении требований одной (и об отказе в удовлетворении требований другой) стороны.

В отличие от этого, медиация призвана помочь спорящим сторонам найти при участии посредника справедливый и взаимоприемлемый баланс конфликтующих интересов, с тем чтобы урегулировать разногласия без обращения к юрисдикционной процедуре (как в государственном, так и в третейском суде) и на этой основе обеспечить продолжение (а в оптимальном варианте — и дальнейшее развитие) партнерских отношений сторон. В этом, собственно, и состоит главное преимущество медиации перед судебным разрешением спора.

Медиативный процесс в случае его благоприятного исхода завершается соглашением об урегулировании спора, заключаемым в письменной форме и подписываемым сторонами и посредником (см. п. 1 ст. 11 Примирительного регламента Международного центра по урегулированию споров при Экономическом суде СНГ):

«Соглашение должно содержать данные о сторонах спора, об обязательстве, по которому возник спор, о проведенной примирительной процедуре, о посреднике, а также согласованные сторонами условия, размер и срок исполнения обязательств... одной стороной перед другой» (п. 2 ст. 11).

Медиативное соглашение, как явствует из приведенного текста, направлено на реструктуризацию гражданско-правовых отношений между сторонами спора и влечет возникновение, изменение или прекращение их гражданских прав и обя-

¹ При сопоставлении норм Соглашения с соответствующими (в известной степени отличающимися от них) правилами АПК РФ следует учитывать ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, согласно которой «обще-признанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

занностей. Иными словами, такое соглашение с точки зрения его правовой природы представляет собой разновидность сделки (см. ст. 153 ГК РФ), при неисполнении которой «стороны вправе обратиться в суд или арбитраж за защитой своих прав» (п. 3 ст. 12 Примирительного регламента).

Если медиативное соглашение заключено сторонами в то время, когда возникший между ними спор является предметом судебного рассмотрения, то, будучи утвержденным судом, оно приобретает характер мирового соглашения и подлежит принудительному исполнению в том же порядке, что и решение государственного (или соответственно третейского) суда.

Подводя итог, следует отметить, что Международный центр по урегулированию споров при Экономическом суде СНГ предусматривает средства альтернативного разрешения экономических споров (в виде Третейского суда и Палаты посредников), предназначенные способствовать эффективному урегулированию разногласий и в перспективе — дальнейшей активизации внешнеэкономического сотрудничества как в рамках СНГ, так и за его пределами.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Федерико Карпи (*Federico Carpi*)¹

ИСТОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА²

1. Европа и весь мир только что оправились от сумасшествия фашизма и нацизма, от массовой гибели людей и разрушений. С 30 сентября по 3 октября 1950 г. ученые Итальянской ассоциации гражданского процессуального права провели во Флоренции первый Международный конгресс по гражданскому процессуальному праву; как с невозмутимой сдержанностью сказал Энрико Реденти, «таким образом мы подтверждаем миру наше желание снова жить и развиваться и первоочередную необходимость для нас установить широкие связи со всеми учеными в нашей дисциплине. Практическое применение является, по существу, техническим. Но даже техническая сторона вопроса выиграет от сравнения разнообразного и, очевидно, отличающегося опыта и исследований, проводимых в значительно отличающихся условиях».

Исследование, рассматриваемое как миссия, как сотрудничество между людьми, эмоционально заявил Пьеро Каламандреи в своей заключительной речи, вселяет надежду, и мы видим подтверждение этому на данном конгрессе: преемственность, связь между людьми незримо присутствуют даже тогда, когда оружие устанавливает барьеры между ними. Даже когда кажется, что война разделила людей самым бесчеловечным образом, книги поверх всех раздоров продолжают поддерживать их общение на расстоянии; эти братские отношения, эта солидарность в духовной сфере сохраняются несмотря ни на что.

И как знак этой духовности после последнего из трех свободных конгрессов (Вена, 1928) встретились итальянские ученые и ученые других стран — Рене Морел, Ганс Шима, Адольф Шёнке, Рудольф Поле, Эрнест Хайниц, Тедор Зюс, Хайме Гуасп, Виктор Файрен-Гильен, Нисето Алькала Самора и Оскар ди Кунья.

Один вопрос волновал каждого: как можно говорить о процессуальных нормах и их целях, кратком изложении, теоретическом построении, если во всем мире судебное решение используется для придания официальной формы законности убийства? *Разве правосудие имеет отношение к политике?* — задает вопрос Монье.

В судах, где мы привыкли уважать спокойных и беспристрастных судей, продолжает Каламандреи, убийцы и грабители под масками судей заседали в этих

¹ Почетный президент Международной ассоциации процессуального права (Италия).

² В основе данного раздела лежит статья: Federico Carpi, *History of the International Association of Procedural Law* (*Teka Kom. Praw.* — *OL PAN*, 2008, 16–21). Перевод с английского языка на русский осуществлен Д. Муфлихановой (Казанский (Приволжский) федеральный университет).

креслах и совершали свои злодеяния, устанавливая по своему усмотрению правила и полномочия при вынесении судебных решений; специальные суды, чрезвычайные суды, военные суды, партийные суды, где из-под мантии узурпатора выглядывает одеяние наемного убийцы, который не судит, а наносит удары кинжалом; и были обвинительные законы, нацеленные на уничтожение людей в целом, и судебный процесс был превращен в послушный инструмент законов истребления, и затем, когда казалось, что пробил час справедливости, возникла новая и неизбежная вспышка репрессий и вендетты.

Однако оптимизм воли восторжествовал над рассудочным пессимизмом, и в целях восстановления универсальных ценностей процессуальной культуры было заложено основание того, что позднее было названо международным институтом гражданского процессуального права, был назначен организационный комитет в составе профессоров Энрико Реденти (Италия), Ганса Шимы (Австрия) Адольфа Шёнке (Германия), Виктора Файрен-Гильена (Испания), Роберта Уайнесса Миллара (США и другие англосаксонские страны), Нисето Алькалы Саморы (Мексика), Оскара ди Куньи (Бразилия) и Эдуардо Кутюра (Уругвай и другие испаноговорящие страны Южной Америки). Профессор Тито Карначини был назначен секретарем, штаб-квартира была учреждена в Болонье в знак признания статуса старейшего университета в мире.

2. Работа организационного комитета была осложнена проблемами в сфере коммуникации и задержками почтовых отправок: письма того времени часто содержали жалобы на отсутствие ответов или их получение с опозданием (хотя это может происходить и в наши дни, в эпоху электронной почты!)

Но работа пошла: во-первых, в апреле 1951 г. состоялось совещание, в ходе Конференции в Вайнхайме, затем, несмотря на сложную обстановку, связанную с оккупацией австрийской столицы войсками союзников, в Вене была проведена вторая Международная конференция (с 5 по 8 октября 1953 г.); рассмотренные темы вызвали большой интерес и охватывали широкий диапазон вопросов, таких как *Le garanzie costituzionali del processo* (доклад Эдуардо Кутюра), *L'esecuzione forzata delle sentenze negli USA* (доклад Артура Ленхоффа), *La competenza internazionale* (доклад Рикардо Монако), и многие другие.

Комитет, назначенный во Флоренции, был утвержден повторно и собрался в Болонье 19 декабря 1955 г. в офисе президента, профессора Реденти, в составе профессоров Шимы, Поле, Файрен-Гильена и Карначини (секретаря). В протоколе заседания, который у меня хранится до сих пор, отражена поддержка профессоров Генри Солуса, Нисето Алькалы Саморы и Эдуардо Кутюра.

Был разработан устав, и помимо прочего было утверждено, что Международная ассоциация процессуального права (заметьте, они отказались от термина «институт» и ограничения гражданской процедурой) не должна подвергаться какому-либо влиянию, что члены будут назначаться советом ученых — представителей любой отрасли процессуального права, включая уголовное, административное и финансовое право, что задачами Ассоциации будут стимулирование исследований в области процессуального права и обмена информацией и публикаций, организация международных конференций и публикация ежегодного периодического издания.

Было установлено максимальное количество членов Ассоциации — 300 человек, утверждены квоты для каждой страны мира.

Официальными языками Ассоциации были признаны французский, английский, немецкий, итальянский и испанский.

Было решено, что следующая конференция состоится в Мюнхене в апреле 1957 г., были определены темы и выступающие.

Но по определенным причинам конференция не состоялась, и прошло несколько лет до того, как была проведена третья Международная конференция, снова при поддержке Итальянской ассоциации ученых в области гражданского процессуального права, 12–15 апреля 1962 г. Конференция прошла в Венеции, на прекрасном острове Сан-Джорджо, в Фонде Чини, президентом которого являлся Франческо Карнелутти.

3. Эта конференция собрала множество участников, и доклады были подготовлены известными учеными со всего мира. Невозможно перечислить их всех. Я упомяну лишь Шарля Ван Репингена и Эрнеста Крингса с докладом *La jurisdiction gracieuse en droit belge* и основные доклады Нисето Алькалы Саморы *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* и Джорджо Балладоре Пальери на тему *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*. От Советского Союза с докладом выступил Марк Гурвич.

Для меня это был первый опыт работы с Международной ассоциацией, я правил протоколы коференции для их публикации.

Четвертая Конференция состоялась в Афинах в 1967 г., пятая — в Мехико (12–18 марта 1972 г.; организована и возглавлена профессором Нисето Алькалом Самора-и-Кастильо). По этому случаю в совете были произведены новые назначения: Нисето Алькала Самора стал президентом, а профессор Витторио Денти — генеральным секретарем. Штаб-квартира по-прежнему находилась в Болонье, и устав был окончательно одобрен первыми 45 рядовыми членами Ассоциации.

Помимо двух упоминавшихся лиц совет директоров состоял из профессоров Баура, Карначини, Дэвиса Эчандия, Файрен-Гильена, Фашинга, Фикса Самудио, Йоловича, Перро и Сталева.

И снова говорили о международном институте процессуального права.

Различные идеи и инициативы обрели конкретную форму, только когда Марсель Сорм организовал Конференцию в Генте в 1977 г. на тему «К справедливости с человеческим лицом»; это была шестая конференция из проведенных с 1950 г. и первый с точки зрения широты международного участия — на ней присутствовали представители всех континентов, включая впервые Азию, Австралию и Африку.

Такая глобализация Международной ассоциации усилилась благодаря состоявшейся 1983 г. в Вюрцбурге Конференции на тему «Эффективность судебной защиты и конституционного порядка», столь хорошо проведенной профессором Вальтером Хабшайдом. В Вюрцбурге присутствовавшие решили отказаться от названия «институт» и назначили Мауро Каппеллетти президентом, Марселя Сорма — исполнительным генеральным секретарем и Вальтера Хабшаида и Витторио Денти генеральными секретарями. Теперь Ассоциация насчитывала 120 членов; штаб-квартира была перенесена в Гент.

Члены совета, особенно Мауро Каппеллетти и Марсель Сорм, приступили к работе с новыми силами, и наконец-то был опубликован *Procedural Reporter*, который стал издаваться раз в два года и который должен был стать чрезвычайно важным средством распространения информации.

В 1985 г. была представлена новая успешная инициатива — серия коллоквиумов на какую-либо одну тему, которую открыл Улла Якобссон в Лунде коллоквиумом на тему «Тенденции в принудительном исполнении решения и предписаний, не связанных с присуждением денежных сумм».

В 1987 г. профессор Ведекинд организовал восьмую Конференцию в Утрехте на тему «Справедливость и эффективность»; в 1988 г. по случаю 900-летнего юбилея Болонского университета была проведена внеочередная Конференция на тему «Юридическая защита прав человека на национальном и международном уровне», которая была организована лично мной; в 1991 г. девятая Всемирная конференция на тему «Роль и организация судей и адвокатов в современном обществе» прошла в Коимбре и Лиссабоне, она была организована профессором Пессуа Вашем; в 1992 г. Японская ассоциация совместно с нами организовала большую Конференцию в Токио; в 1993 г. Мечислав Савчук организовал коллоквиум на тему «Единство гражданского процессуального права и его национальные различия» в Люблине; десятая Всемирная конференция на тему «Транснациональные аспекты процессуального права», с большим энтузиазмом организованная Итало Андолиной, была проведена в 1995 г. в Таормине; затем благодаря профессору Пелайе Йессио-Фалтси в 1997 г. в Салониках был проведен один из самых примечательных коллоквиумов на тему «Роль верховных судов на национальном и международном уровне»; в 1998 г. благодаря декану Шерману и профессору Яннопулосу Ассоциация впервые собралась в США, в Новом Орлеане, на коллоквиуме на тему «Нарушения процессуального права»; темой одиннадцатой Всемирной конференции в Вене в 1999 г. стала «Процессуальное право на пороге нового тысячелетия», конференция была безукоризненно организована Вальтером Рехбергером. Затем был Гент в 2000 г., Брюссель в 2001 г. и двенадцатая Всемирная конференция на тему «Гражданское процессуальное право и правовая культура», превосходно организованная профессором Сиприано Гомесом Ларой, которая прошла в сентябре 2003 г. в Мехико.

В Таормине члены Ассоциации назначили Марселя Сторма президентом, Жозе Карлус Барбоза Мореира, Ясуэй Танигуси, Брайент Гарт были назначены вице-президентами по различным географическим направлениям, а также Кит Уфф, Петер Готвальд и я были назначены генеральными секретарями.

В тот момент в Ассоциации насчитывалось 300 членов. Значительное увеличение числа членов произошло за счет Северной Америки, Южной Америки, Японии, Китая, Австралии, Новой Зеландии и Африки. Штаб-квартира переехала обратно в Болонью.

В сентябре 2003 г., в ходе XII Всемирной конференции в Мехико, на заседании членов Ассоциации был назначен совет директоров в составе профессоров Итало Андолины (Италия), Элио Фацалари (Италия), Эктора Фикса Самудио (Мексика), Петера Гиллеса (Германия); Стефана Гольдштейна (Израиль); Ватера де Воса (Южная Африка); Сиприано Гомеса Латы (Мексика); Лоика Кадье (Франция); Константиноса Керамеуса (Греция); Пера Хенрика Линдблома (Швеция); Августо Марио Морелло (Аргентина); Ады Пеллегрини Гриновер (Бразилия); Франсиско Рамоса Мендеса (Испания); Вальтера Рехбергера (Австрия); Герхарда Вальтера (Швейцария); Гарри Уотсона (Канада); Пелайи Йессио-Фалтси (Греция); Нила Эндрюса (Англия); Джузеппе Тарции (Италия).

Была подтверждена должность профессора Марселя Сторма как президента Ассоциации, профессоров Федерико Карпи, Петера Готвальда и Кита Уффа в качестве генеральных секретарей, а также профессоров Жозе Барбозы Морейры, Ясуэи Танигути и Оскара Чейза в качестве вице-президентов.

Количество членов возросло до 350 процессуалистов со всего мира. Проводилось большое количество очень интересных мероприятий, включая несколько коллоквиумов: в 2004 г. (Париж—Дижон) на тему «Альтернативное решение споров», организованный профессором Лоиком Кадье; в 2005 г. (Вена—Будапешт) на тему «Европейское гражданское процессуальное право. Обзор и будущие перспективы после расширения Евросоюза», организованный профессором Вальтером Рехбергером и Миклошем Кендьелем; в сентябре 2006 г. Киото на тему «Рецепция и трансмиссия гражданского процессуального права в мировом сообществе», организованный профессором Масаиса Дегути; в апреле 2007 г. (Вильнюс) на тему «Последние тенденции в развитии гражданского процессуального права: между Востоком и Западом», организованный профессором Витаутасом Некрошюсом.

Большинство поданных докладов были опубликованы.

В сентябре 2007 г. в Сальвадоре-ди-Байя прошла превосходная XIII Всемирная конференция на тему «Новые тенденции в процессуальном праве», великолепно организованная профессорами Адой Пеллегрини Гриновер и Петронио Кальмоном. Научные дискуссии на различные темы представляли особый интерес благодаря публикации и распространению большого тома, содержащего все доклады.

На открытии Конференции особого упоминания был удостоен профессор Мауро Каппеллетти, в течение долгих лет являвшийся президентом Ассоциации, в память о котором Ассоциация в лице Марселя Сторма и Федерико Карпи опубликовала книгу, которая была представлена на коллоквиуме в Вене в 2005 г.

На Конференции в Сальвадоре-ди-Байя участники заседания чествовали профессора Марселя Сторма, и, когда он объявил, что уходит с поста президента, участники заседания назначили его почетным президентом.

В управляющем органе также были новые назначения: в президиум были назначены Федерико Карпи (президент), Ада Пеллегрини Гриновер (вице-президент), Оскар Чейз (вице-президент), Масаиса Дегути (вице-президент), Петер Готвальд (генеральный секретарь), Микеле Таруффо (генеральный секретарь), Лоик Кадье (исполнительный генеральный секретарь).

В Правление были назначены Нил Эндрюс (Великобритания), Стефан Гольдштейн (Израиль), Вальтер Рехбергер (Австрия), Миклош Кендьель (Венгрия), Гарри Уотсон (Канада), Мануэль Ортельс Рамос (Испания), Сакари Лаукканен (Финляндия), Дмитрий Малешин (Россия), Эдуардо Отейса (Аргентина), Пит Талман (Бельгия), Дженет Уокер (Канада), Жозе Роберту Дуз Сантус Бедаке (Бразилия), Рольф Штюрнер (Германия), Буркхард Хесс (Германия), Эдоардо Риччи (Италия), Фредерик Ферран (Франция), Витаутас Некрошюс (Литва), Мунхук Хо (Корея), Алан Узелач (Хорватия).

Наша программа включала следующие мероприятия: 6—8 ноября 2008 г. в Валенсии (Испания) был проведен коллоквиум на тему «Устное и письменное производство: эффективность процессуальных норм», организованный профессором

Мануэлем Ортельсом Рамосом; 2–5 июня 2009 г. в Торонто (Канада) состоялся коллоквиум на тему «Ни общее, ни гражданское: процессуальная реформа и необходимость новых категорий», организованный профессором Дженет Уокер совместно с вице-президентом Оскаром Чейзом; затем прошел коллоквиум в сентябре 2012 г. в Пече (Венгрия), организованный профессором Миклошем Кендьелем, на котором Петер Готвальд стал президентом Ассоциации.

В период с 25 по 30 июля 2011 в Гейдельберге была проведена XIV Всемирная конференция на тему «Процессуальная справедливость в глобализованном мире», на которой было представлено много докладов. Организацией Конференции занимался профессор Буркхард Хесс.

В ходе вышеупомянутой Конференции была проведена генеральная ассамблея членов Ассоциации, и в связи с этим были одобрены некоторые поправки в Устав. Ассамблея обновила состав Президиума следующим образом: Лоик Кадье (президент), Оскар Чейз (вице-президент по Северной Америке), Масаиса Дегуси (вице-президент по Восточной Азии), Эдуардо Отейса (вице-президент по Южной Африке), Микеле Таруффо (вице-президент по Европе), Мануэль Ортельс Рамос (исполнительный генеральный секретарь), Нил Эндрюс (генеральный секретарь), Буркхард Хесс (генеральный секретарь).

В состав Правления вошли следующие лица: Тереса Армента Деу (Испания), Тереза Арруда Алвин Вамбьер (Бразилия), Паоло Бьявати (Италия), Ремо Капони (Италия), Жозе Роберту Дуз Сантус Бедаке (Бразилия), Лаура Эрво (Швеция), Фредерик Ферран (Франция), Фернандо Гаскон Инчаusti (Испания), Мунхук Хо (Корея), Миклош Кендьель (Венгрия), Анхела Эстер Ледесма (Аргентина), Дмитрий Малешин (Россия), Ричард Л. Маркус (США), Витаутас Некрошюс (Литва), Вальтер Х. Рехбергер (Австрия), С.Х. (Ремко) ван Ре (Нидерланды), Михаэль Штюerner (Германия), Рольф Штюerner (Германия), Пит Талман (Бельгия), Алан Узелач (Хорватия), Гарри Д. Уотсон (Канада).

В заключение были назначены два почетных президента — Петер Готвальд и я. В ходе той же Конференции произошло очень важное событие: был представлен первый выпуск «Международного журнала процессуального права» (*International Journal of Procedural Law*), изданный при поддержке Ассоциации. Журнал был издан на пяти официальных языках Ассоциации — английском, французском, испанском, итальянском и немецком. К настоящему моменту вышел второй выпуск. Это очень важная инициатива с точки зрения научного развития процессуального права, ставшая возможной благодаря стараниям Лоика Кадье и Международного отборочного комитета. Данная инициатива нуждается в поддержке всех членов и ученых, которая может быть оказана посредством годовой подписки (дополнительную информацию см. на сайте www.intersentia.com).

Пока я корректировал эти несколько страниц (март 2012 г.), шла организация двух важных мероприятий: коллоквиума на тему «Коллективное судопроизводство/ групповые иски» в Буэнос-Айресе (с 6 по 9 июня 2012 г.) в партнерстве с Иберо-Американским институтом процессуального права, под руководством Эдуардо Отейса, и ежегодная Конференция Ассоциации на тему «Гражданское процессуальное право в межкультурном диалоге: Евразийский контекст» в Москве (с 18 по 21 сентября 2012 г.), под руководством Дмитрия Малешина.

Прочие инициативы находятся в процессе подготовки, хотя некоторые детали уже обозначены: Афины (Греция) в 1913 г., Сеул (Южная Корея) в 2014 г., а также Стамбул в 2015 г.

Для просмотра всех новостей и дат предстоящих событий, а также в целях содействия укрепления связей между членами Ассоциации и ее друзьями был создан новый веб-сайт: <http://www.iaplaw.org>

Таким образом, мы с удовлетворением смотрим в будущее, полные решимости углублять и взаимообогащать знания в интересах и на благо науки и общества.

УСТАВ МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

С изменениями и дополнениями от 25 июля 2011 г.

Статья 1

Настоящий Устав принят представителями, добровольно принявшими данные правила, с изменениями, утвержденными на XIV Международном конгрессе Ассоциации в Гейдельберге (Германия, 2011 г.), на общем собрании международной ассоциации по процессуальному праву в соответствии с правилами, принятыми организационным комитетом V Международного конгресса в Мехико в 1972 г.

Статья 2

Цель Ассоциации — оказывать содействие в развитии изучения процессуального права при помощи поощрения сотрудничества юристов и ученых в разных странах и обмена информацией по нормативным источникам, публикациям, практике и судебным решениям. Кроме того, сотрудничать с другими юристами-экспертами для распространения гражданской процессуальной доктрины в национальном и международном праве.

Статья 3

Для достижения поставленных задач Ассоциация планирует проведение следующих мероприятий:

а) Организация всемирных конгрессов и международных коллоквиумов с определением места их проведения и круга вопросов для дискуссии. Всемирные конгрессы будут проводиться как минимум раз в четыре года и коллоквиумы как минимум раз в два года. Руководящие указания для конгрессов и коллоквиумов, определяющие условия, которым должны удовлетворять эти мероприятия, будут обнародованы в целях продвижения миссии Ассоциации;

б) Осуществление сотрудничества с национальными и мультинациональными ассоциациями процессуального права с целью продвижения вперед изучения права и процесса;

с) Обеспечение публикации информационного бюллетеня о деятельности Ассоциации, публикации международного журнала и любых других публикаций, одобренных Правлением, для продвижения целей Ассоциации, включая доклады, представленные на всемирных конгрессах и международных коллоквиумах.

- d) Осуществление поддержки официального веб-сайта и иных других медиаресурсов для обеспечения достижения целей Ассоциации;
- e) Принятие участия в других видах деятельности, которые способствуют достижению целей Ассоциации.

Статья 4

Ассоциация состоит из индивидуальных членов, которые избраны Президиумом.

С целью обеспечения высочайшего уровня международного сотрудничества число членов может быть увеличено Президиумом, но не более чем на 30% от их первоначального числа. Правление может назначить почетных членов из числа наиболее выдающихся юристов – представителей каждой правовой семьи. Между всемирными конгрессами эти полномочия делегированы Президиуму в ожидании подтверждения от Правления.

Дополнительно любой член может предложить кандидатов путем направления резюме в Генеральный секретариат Ассоциации.

Статья 5

Органы Ассоциации:

Генеральная ассамблея членов

Правление

Президент

Генеральный секретариат

четыре вице-президента.

Президент, четыре вице-президента и Генеральный секретариат составляют Президиум.

Члены Президиума избираются сроком на четыре года, немедленно переизбираются по двум дополнительным условиям.

Президент не может быть избран в качестве президента национальной или региональной ассоциации процессуального права в период нахождения на посту Президента Ассоциации.

Статья 6

Генеральная ассамблея созывается Президентом по случаю проведения Всемирного конгресса. Генеральная ассамблея избирает Правление и может принимать и изменять принятые Правила в соответствии с рекомендациями Правления по инициативе Президиума. Ее решения принимаются большинством голосов.

Статья 7

Правление состоит из Президиума, почетных членов и других членов, избранных от разных стран для целей обеспечения представления различных правовых семей. Общее число членов Правления не может быть выше двадцати пяти членов,

не считая почетных членов и Президиум. Правление в рамках своей компетенции имеет право определять организацию и научную активность Ассоциации, избирать Президента, Вице-Президента и Генеральный секретариат и почетных членов, а также давать рекомендации по организации Всемирного конгресса и международного коллоквиума, как указано в пункте «а» статьи 3 Устава.

Правление собирается на всемирных конгрессах и международных коллоквиумах.

Кворум Правления составляют восемь членов. Решения принимаются большинством голосов. Если голоса равны, голос Президента является решающим. Почетные члены не принимают участия в голосовании. Президент может внести предложение для обсуждения в Правлении. Голосование возможно путем использования почты или электронного голосования для членов Правления. Голосование по доверенности не допускается.

Статья 8

Президент представляет Ассоциацию во всех внешних связях. Обязанностью Президента является поддержание контактов с национальными и международными ассоциациями, имеющими сходные с Ассоциацией цели. Президент созывает Правление и в случае непредвиденных обстоятельств может вводить, согласовав с Президиумом, меры, определяет задачи следующего собрания. Президент остается в офисе, пока решение конгресса по вопросу следующих президентских выборов не принято.

Статья 9

Генеральный секретариат назначается Правлением. Он состоит максимум из четырех членов, один из которых назначенный Исполнительный генеральный секретарь, а другой определен в качестве Казначей Ассоциации.

Генеральный секретариат осуществляет сотрудничество с Президентом в осуществлении функций органа. Генеральный секретарь исполняет обязанности Президента на время его отсутствия (недееспособности). Если отсутствие (недееспособность) длится больше шести месяцев, Генеральный секретарь созывает Правление по обсуждению вопроса об освобождении Президента от должности.

Генеральный секретарь остается в офисе до принятия Конгрессом заключения в рамках процедуры принятия решения.

Статья 10

Расположение Ассоциации определяется местом нахождения Исполнительного генерального секретаря.

Статья 11

Официальные языки Ассоциации английский, французский, немецкий, итальянский и испанский.

Статья 12

Бюджет Ассоциации составляют взносы членов и пожертвования организаций, национальных и международных организаций или частных лиц. Подписки утверждаются Правлением.

Статья 13

Ассоциация имеет три категории членства, различных в своих правах и обязанностях, согласно Уставу:

- Почетные члены
- Благотворители
- Рядовые члены

Почетные члены, благотворители и рядовые члены пользуются всеми правами членства. Почетные члены освобождены от уплаты взносов.

Статья 14

Статус рядового члена Ассоциации может быть прекращен по заявлению о выходе или исключении. Исключение может быть объявлено Президиумом за серьезное нарушение. Задетый [этим исключением] член может в срок до исключения апеллировать к Правлению.

**ПРЕЗИДИУМ, ПРАВЛЕНИЕ И ЧЛЕНЫ
МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ
ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА**

(по состоянию на июль 2011 г.)

ПРЕЗИДИУМ

Professor Loïc **CADIET**

Ecole de droit de la Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Президент

Professor Oscar G. **CHASE**

New York University School of Law

Вице-президент (от Северной Америки)

Professor Masahisa **DEGUCHI**

Ritsumeikan University Faculty of Law, Japan

Вице-президент (от Азии)

Professor Eduardo **OTEIZA**

Argentina

Вице-Президент (от Южной Америки)

Professor Michele **TARUFFO**

Istituto di diritto privato e processuale, Pavia, Italy

Вице-президент (от Европы)

Professor Neil H. **ANDREWS**

Clare College, Cambridge, United Kingdom

Генеральный секретарь

Professor Burkhard **HESS**

Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, Germany

Генеральный секретарь

Professor Manuel **ORTELLS RAMOS**

Universitat de València, Facultad de derecho, Spain

Исполнительный генеральный секретарь

Professor Janet **WALKER**

Osgoode Hall Law School of York University, Toronto, Ontario, Canada

Генеральный секретарь

ПРАВЛЕНИЕ

Professor Teresa **ARMENTA DEU**
Facultad de Derecho, Universitat de Girona, Girona, Spain

Professor Teresa **ARRUDA ALVIM WAMBIER**
Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brazil

Professor David Newton **BAMFORD**
Flinders University School of Law, Australia

Professor Paolo **BIAVATI**
Italy

Professor Remo **CAPONI**
Istituto di Diritto Privato e Processuale, Facoltà di Giurisprudenza, Italy

Professor José Roberto **DOS SANTOS BEDAQUE**
Tribunal de Justiça de S. Paulo, Brazil

Professor Laura **ERVO**
University of Örebro School of Law, Sweden

Professor Frédérique **FERRAND**
Université Jean Moulin, Lyon, France

Professor Fernando **GASCON INCHAUSTI**
Spain

Professor Moon-hyuck **Ho**
Seoul National University School of Law, South Korea

Professor Dr. Miklós **KENGYEL**
University of Pécs Faculty of Law, Hungary

Professor Angela Ester **LEDESMA**
Argentina

Dr. Dmitry **MALESHIN**
МГУ им.М.В. Ломоносова, Россия

Professor Richard L. **MARCUS**
Hastings College of the Law, San Francisco, USA

Professor Vytautas **NEKROŠIUS**
Vilnius Univesity, Lithuania

Professor Dr. Dr.h.c. Walter H. **RECHBERGER**
Institut für Verfahrensrecht – Universität Wien, Austria

Professor C.H. (Remco) **VAN RHEE**
Universiteit Maastricht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Netherlands

Professor Dr. Michael **STÜRNER**,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Germany

Professor Rolf **STÜRNER**
Albert-Ludwigs-Universität, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht,
Freiburg, Germany

Professor Piet **Taelman**
University of Gent Faculty of Law, Belgium

Professor Alan **UZELAC**
University of Zagreb Faculty of Law, Croatia

Professor Garry D. **Watson**
Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, Canada

ПОЧЕТНЫЕ ЧЛЕНЫ

Почетные президенты

Professor Marcel **Storme**
University of Gent, Belgium

Professor Peter **Gottwald**
Universität Regensburg – Fakultät für Rechtswissenschaft, Regensburg, Germany

Professor Federico **Carpi**
University of Bologna, Italy

Почетные члены Президиума

Professor José Carlos **Barbosa Moreira**
Rio de Janeiro, Brazil
Почетный вице-президент

Professor Ada **Pellegrini Grinover**
São Paulo, Brazil
Почетный вице-президент

Professor Yashuhei **TANIGUCHI**
Senshu University Law School, Tokyo, Japan
Почетный Вице-президент

Professor Keith **UFF**
Faculty of law University of Birmingham, United Kingdom
Почетный генеральный секретарь

ПОЧЕТНЫЕ ЧЛЕНЫ ПРАВЛЕНИЯ

Professor Aguda T. **AKINOLA**
Lagos, Nigeria

Professor Italo **ANDOLINA**
Dipartimento di diritto processuale civile – Università di Catania,
Italy

Professor Wouter **DE VOS**
University of Cape Town School of Law, South Africa

Professor Victor **FAIREN GUILLEN**
Madrid, Spain

Professor Héctor **FIX-ZAMUDIO**
Universidad National Autónoma de México, I
nstituto de Investigaciones jurídicas, Mexico

Professor Bryant G. **GARTH**
Southwestern Law School, Los Angeles, USA

Professor em. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Peter **GILLES**
Institut für Rechtsvergleichung Johann Wolfgang Goethe Universität,
Frankfurt/M, Germany

Professor Walther J. **HABSCHEID**
Germany

Professor Konstantinos D. **KERAMEUS**
Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, Greece

LL. D Sakari **LAUKKANEN**
University of Turku, University of Joensuu
and Technical University of Lappeenranta, Finland

Professor Dr. Per Henrik **LINDBLOM**
University of Uppsala, Sweden

Professor Janos **NEMETH**

Budapest, Hungary

Professor Jacques **NORMAND**

Faculté de Droit et de Science Politique de Reims, Reims, France

Professor Roger **PERROT**

Université de Paris II, France

Professor Zhivko **STALEV**

Sofia, Bulgaria

ЧЛЕНЫ

АВСТРАЛИЯ

Professor David Newton **BAMFORD**
Flinders University, School of Law

Professor Neil James **WILLIAMS**
University of Melbourne, Faculty of Law

Professor Ted **WRIGHT**
University of New Castle School of Law

Professor Dr. William Van **CAENEGEM**
Bond University School of Law

АВСТРИЯ

Professor Dr. Wolfgang **JELINEK**
Karl-Franzens Universität Graz, Institut für Zivilgerichtliches Verfahren

Professor Dr. Georg E. **KODEK**
LL.M. Wirtschaftsuniversität Wien, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht

Professor Dr. Franz **MATSCHER**
Österreichisches Institut für Menschenrechte,
Internationales Forschungszentrum Edmundsburg

Professor Dr. Paul **OBERHAMMER**
Universität Wien. Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Zivilverfahrensrecht

Professor Dr. Dr.h.c. Walter H. **RECHBERGER**
Institut für Verfahrensrecht – Universität Wien

Professor Dr. Marianne **ROTH**
Universität Salzburg

Professor Dr. Günter H. **ROTH**
Universität Innsbruck

Professor Mag. Dr. Daphne-Ariane **SIMOTTA**
Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Karl-Franzens-Universität Graz

АЛБАНИЯ

Professor Ledina **MANDIA**

АРГЕНТИНА

Professor Roland **ARAZI**
Fundación de estudios superiores e investigación, Buenos Aires

Professor Roberto Omar **BERIZONCE**

Professor Pedro Juan **BERTOLINO**

Professor Fernando **DE LA RUA**

Professor Mabel Alicia **DE LOS SANTOS**

Professor Osvaldo Alfredo **GOZAÍNI**

Professor Juan Carlos **HITTERS**

Professor Mario Ernesto **KAMINKER**

Professor Angela Ester **LEDESMA**

Professor Héctor Eduardo **LEGUISAMÓN**
University of the Argentine Social Museum. University Institute of the
Argentine Federal Police. University of Buenos Aires. University of Morón.

Professor Rita **MILL DE PEREYRA**
Facultad de derecho – U.N.N.E.

Professor Eduardo David **OTEIZA**

Professor Jorge Walter **PEYRANO**

Professor Jorge Armando **ROJAS**
University of Buenos Aires

Professor Alberto Osvaldo **VARELA WOLF**

Professor Francisco **VERBIC**

БЕЛЬГИЯ

Professor Dr. Benoît **ALLEMEERSCH**
Institute for Civil Procedure Law, Faculty of Law

Professor Dr. Karen **BROECKX**
Faculty of Law, Instituut voor Procesrecht

Professor Dr. Georges **DE LEVAL**
Faculté de droit-Sart-Tilman

Professor Dr. Alphonse **KOHL**

Professor Ernest **KRINGS**

Professor Dr. Paul **LEMMENS**

Professor Paul **MEIJKNECHT**

Professor Dr. Marie-Thérèse **MEULDERS-KLEIN**

Professor Dr.h.c. Marcel **STORME**
University of Gent

Professor Dr. Matthias **STORME**
Katholieke Universiteit Leuven

Professor Dr. Piet **Taelman**
Faculty of Law, Instituut voor Procesrecht

Professor Dr. Jacques **VAN COMPERNOLLE**
U.C.L. Faculté de Droit – College Thomas More

Professor Dr. Paul **VAN ORSHOVEN**
Katholieke Universiteit Leuven

БЕНИН

Professor Joseph **DJOGBENOU**
Agrége des facultés de droit

БОЛГАРИЯ

Professor Dr. Valentina **POPOVA**
Juristische Fakultät der Sofioter Universität, Sofia

Professor Dr. Zhivko **STALEV**
Sofia

БОТСВАНА

Professor Geoffrey Matthews **KAKULI**
University of Botswana, Department of Law

БРАЗИЛИЯ

Professor Teresa **ARRUDA ALVIM WAMBIER**
University of São Paulo

Professor José Carlos **BARBOSA MOREIRA**
Copacabana – Rio de Janeiro

Professor Sidnei Agostinho **BENETI**

Professor Sérgio **BERMUDES**

Professor Marcos Afonso **BORGES**

Professor Petrônio **CALMON ALVES CARDOSO FILHO**
Instituto Brasileiro de Direito Processual

Professor José Joaquim **CALMON DE PASSOS**

Professor Alexandre Antonio Franco **FREITAS CÂMARA**

Professor Hélio Márcio **CAMPO**

Professor Carlos Alberto **CARMONA**

Professor Athos Gusmão **CARNEIRO**

Professor José Rogério **CRUZ e TUCCI**

Professor Sálvio **DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**
Superior Tribunal de Justiça, Brasília

Professor Carlos Alberto Alvaro de **OLIVEIRA**

Professor Fredie Souza **DIDIER Jr**
Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador
Professor Candido Rangel **DINAMARCO**

Professor Antonio **DO PASSO CABRAL**
University of Rio de Janeiro

Professor José Roberto **DOS SANTOS BEDAQUE**
Tribunal de Justiça de S. Paulo

Professor Paulo Henrique dos Santos **LUCON**

Professor Adroaldo **FURTADO FABRÍCIO**
Faculdade de Direito da UFRGS

Prof. Dr. Aluisio Goncalves **DE CASTRO MENDES**

Professor Galeno **LACERDA**

Professor Antonio Carlos **MARCATO**

Professor Luiz Guilherme **MARINONI**

Professor Daniel **MITIDIERO**
Faculdade de Direito da Universidade

Professor Egas Dirceu **MONIZ DE ARAGÃO**
Rua Abraham Lincoln, 262, 80310-530 Curitiba (Parana')
Tel.: +55-41-2423166

Professor Dr. Nelson **NERY JÚNIOR**
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Faculdade de Direito

Professor Ada **PELLEGRINI GRINOVER**

Professor Ricardo **PERLINGEIRO MENDES DA SILVA**

Professor Nelson Luiz **PINTO**

Professor Guilherme **RIZZO AMARAL**

Dr. Carlos Alberto de **SALLES**
Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito

Professor Cassio **SCARPINELLA BUENO**

Professor Humberto **THEODORO JÚNIOR**

Professor Kazuo **WATANABE**

Professor Flávio Luiz **YARSHELL**

Prof. Hermes **ZANETI Jr**

ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

Professor Neil H. **ANDREWS**
Clare College Cambridge University

Mr. George **APPLEBEY**
The University of Birmingham

Professor J.W.K. **BLAKIE**
University of Strathclyde

Mr. Carla **CRIFÒ**
University of Leicester

Ms Déirdre **DWYER**
University of Oxford

Professor M. S. **DOCKRAY**
City University
Professor Cyril **GLASSER**
University College

Professor Christopher J. S. **HODGES**
Oxford University

The Hon. Lord Leonard **HOFFMAN**
House of Lords

Professor Wendy **KENNETT**
Cardiff University

Professor Julian **LONBAY**
University of Birmingham

Professor C.G.J. **MORSE**
King's College London

Professor Rachael **MULHERON**
School of Law, Queen Mary, University of London

Dr. K. P. **NOUSSIA**
University of Birmingham

Professor John **PEYSNER**
University of Lincoln

Professor I. R. **SCOTT**
University of Birmingham

Dr. John **SORABJI**
Judicial Institute, Faculty of Law, University College,
London

Professor W. L. **TWINING**
University College

Professor Keith **UFF**
University of Birmingham

Professor Adrian **ZUCKERMAN**
University College

ВЕНГРИЯ

Dr. Viktória **HARSÁGI**
Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law,
Department of Civil Procedure Law, Budapest

Professor Dr. Miklós **KENGyel**
University of Pécs, Faculty of Law

Professor Dr. János **NÉMETH**

ВЕНЕЦУЭЛА

Professor Arminio José **BORJAS HERNANDEZ**

Professor Pedro J. **MANTELLINI GONZÁLEZ**

Professor Mariolga **QUINTERO TIRADO**

Professor Arístides **RENGEL ROMBERG**

Dr. Rodrigo Antonio **RIVERA MORALES**
Universidad Católica del Táchira

ГВАТЕМАЛА

Professor Mario **AGUIRRE GODOY**

ГЕРМАНИЯ

Professor Dr. Jens **ADOLPHSE**
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, nationales
und internationales Zivilverfahrensrecht und Sportrecht Licher

Professor Dr. Jürgen **BASEDOW**

Professor Dr. Dagmar **COESTER-WALTJEN**

Notar Professor Dr. Reinhold **GEIMER**

Professor em. Dr. Dr.h.c. Dr.h.c. Peter **GILLES**
Institut für Rechtsvergleichung,
Johann Wolfgang Goethe Universität

Professor Peter **GOTTWALD**
Universität Regensburg – Fakultät für Rechtswissenschaft

Professor Dr. Wolfgang **GRUNSKY**
Universität Bielefeld

Professor Dr. Dres.h.c. Walther J. **HABSCHEID**

Professor Dr. Wolfgang **HAU**
Universität Passau, Juristische Fakultät

Professor Dr. Dr.h.c. Wolfram **HENCKEL**

Professor Dr. Burkhard **HEß**
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Professor Dr. Peter **HUBER**
Universität Mainz

Professor Dr. Abbo **JUNKER**

Professor Dr. Harald **KOCH**
Juristische Fakultät, Humboldt Universität zu Berlin

Professor Dr. Stefan **LEIBLE**
Universität Bayreuth, Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Professor Dr. Dr.h.c. Dieter **LEIPOLD**
Albert-Ludwigs Universität

Professor Dr. Wolfgang **LÜKE**
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht Zivilverfahrensrecht
und Rechtsvergleichung Technische Universität

Professor Dr. Peter **MANKOWSKI**
Seminar für ausländisches und internationales Privat

Professor Dr. Heinz-Peter **MANSEL**
Universität zu Köln, Institut für Internationales
und Ausländisches Privatrecht

Professor Dr. Dieter **MARTINY**
Europa-Universität Viadrina

Professor Dr. Christoph G. **PAULUS**.
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät

Professor Dr. Thomas **PFEIFFER**
Institut für ausländisches und internationales Privat-
und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg

Professor Dr. Hanns **PRÜTTING**
Institut für Verfahrensrecht der Universität zu Köln

Prof. Dr. Thomas **RAUSCHER**
Juristenfakultät – Universität Leipzig

Professor Dr. Herbert **ROTH**
Universität Regensburg, Juristische Fakultät

Prof. Dr. Ingo **SAENGER**
Westfälische Wilhelms-Universität Muenster
Institut für Internationales Wirtschaftsrecht

Professor Dr. Peter **SCHLOSSER**

Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Dr. h.c. Rolf A. **SCHÜTZE**

Professor Dr. Kurt **SIEHR**

Professor Dr. Ulrich **SPELLENBERG**
Lehrstuhl für Zivilrecht, Internationales Privatrecht
und Rechtsvergleichung der Universität Bayreuth

Professor Dr. Astrid **STADLER**
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht

Professor Helmut **STEINBERGER**

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Prof. Dr. Michael **STÜRNER**

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Lehrstuhl für Bürgerliches Recht

Professor Dr. Rolf **STÜRNER**

Albert-Ludwigs-Universität, Institut für deutsches
und ausländisches Zivilprozessrecht

Professor Dr. Gerhard **WAGNER**

Universität Bonn – Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

ГРЕЦИЯ

Professor Paris S. **ARVANITAKIS**

Aristotle University of Thessaloniki, Faculty of Law,
Economics and Political Sciences,
Law Department

Professor Dr. Dr.h.c. Kostas **BEYS**

Dr. Ioannis **DELIKOSTOPOULOS**

Lecturer in Law at the University of Athens

Professor Dr. Georgios **DIAMANTOPOULOS**

Aristotle University of Thessaloniki

Dr. iur. Konstantinos **GIANNOPOULOS**

Research Institute for Procedural Studies

Professor Dr. Athanassios **KAISSIS**

Professor Dr. Nikolaos **KATIFORIS**

National and Capodistrian University of Athens,
Faculty of Law

Professor Dr. Dres.h.c. Konstantinos D. **KERAMEUS**

Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens

Professor Dr. Nikolaos K. **KLAMARIS**

National and Capodistrian University of Athens –
Institute of Procedural Studies

Professor Kalliope Th. **MAKRIDOU**

Aristotle University of Thessaloniki, Faculty of Law

Professor Dr. Dr.h.c. George **MITSOPOULOS**

Université d'Athènes

Professor Dr. Georgios **ORFANIDIS**

Institut für prozessuale Studien, Akadimisas

Professor Dr. Constantine **POLYZOGOPOULOS**

University of Athens

Professor Dr. Pelayia **YESSIOU-FALTSI**

Aristotle University of Thessaloniki, Faculty of Law

Professor Dr. Dimitrios **TSIKRIKAS**

University of Athens

ДАНИЯ

Professor Dr. Ole **LANDO**

Professor Eva **SMITH**

University of Copenhagen, Institute of Legal Science

ЕГИПЕТ

Professor Azmy Abdul Fattah **ATEIA**

Université El Mansoura – Faculté de droit

Professor El Meligi **OSAMA**

Faculté de Droit de l'Université du Caire

Professor Fathi Ismail **WALY**

Université du Caire

ИЗРАИЛЬ

Professor Eliahu **HARNON**

The Hebrew University of Jerusalem-Faculty of Law

Professor Michael **KARAYANNI**

Faculty of Law, The Hebrew university of Jerusalem

Professor Shimon **SHETREET**

Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law

Professor Celia **WASSERSTEIN FASSBERG**

Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law

ИНДИЯ

Professor K.B. **AGRAWAL**
Indian Institute of Comparative Law

Mr. Justice Arun **MADAN**
Indian Association of procedural law, c/o Indian Law Institute, Jaipur

Professor Yadlapalli **VISHNUPRIYA**

ИНДОНЕЗИЯ

Professor Paulus **LOTULUNG**

Professor S. H. **SETIAWAR**

ИРАН

Dr. Hassan **MOHSENI**
University of Tehran,
Faculty of Law & Political Sciences

Dr. Majid **POUROSTAD**

ИСПАНИЯ

Professor José **ALMAGRO NOSETE**
Tribunal Supremo

Professor Sara **ARAGONESES MARTINEZ**

Professor Dr. Teresa **ARMENTA DEU**

Professor Lorena **BACHMAIER WINTER**

Prof. Dra. Dra. h.c. Silvia **BARONA VILAR**
University of Valencia

Professor José **BONET NAVARRO**
Universitat de València, Facultad de derecho

Professor Lorenzo-Mateo **BUJOSA VADELL**
Universidad de Salamanca

Professor Dr. Andrés **DE LA OLIVA SANTOS**

Professor José **DE LOS SANTOS MARTIN OSTOS**

Professor Ignacio **DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ**

Professor Manuel Serra **DOMINGUEZ**

Prof. Dr. Carlos **ESPLUGUES MOTA**
University of Valencia

Professor Dr. Victor **FAIREN GUILLEN**

Professor Regina **GARCIMARTÍN MONTERO**
Universidad de Zaragoza

Professor Fernando **GASCON INCHAUSTI**
Universidad Complutense de Madrid

Professor Vincente **GIMENO SENDRA**
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Professor Juan-Luis **GÓMEZ COLOMER**
Universidad Jaime I, Departamento de Derecho Público

Professor Jesus **GONZALEZ PEREZ**

Professor Faustino **GUTIERREZ ALVIZ Y CONRADI**

Professor Rafael **HINOJOSA SEGOVIA**

Professor Francisco **LÓPEZ SIMÓ**
Universidad de las Islas Baleares

Professor Juan **MONTERO AROCA**

Professor Manuel **ORTELLS RAMOS**
Universitat de València

Professor Ernesto **PEDRAZ PENALVA**

Professor Joan **PICÓ I JUNOY**
Universidad Rovira i Virgili

Professor Dr. Francisco **RAMOS MENDEZ**

Professor Carmen **SENÉS MOTILLA**
Universidad de Almería

Professor Isabel **TAPIA FERNÁNDEZ**
Universidad de las Islas Baleares

Professor José Luis **VAZQUEZ SOTELO**

ИТАЛИЯ

Professor Italo **ANDOLINA**
Dipartimento di diritto processuale civile, Università di Catania

Professor Chiara **BESSO MARCHEIS**
University of Turin

Professor Paolo **BIAVATI**

Professor Girolamo **BONGIORNO**

Professor Domenico **BORGHESI**

Professor Antonio **BRIGUGLIO**

Professor Remo **CAPONI**
Istituto di Diritto Privato e Processuale, Facoltà di Giurisprudenza

Professor Federico **CARPI**
Istituto di applicazione forense «E. Redenti»

Professor Sergio **CHIARLONI**

Professor Vittorio **COLESANTI**

Professor Luigi Paolo **COMOGLIO**
Università degli studi di Pavia

Professor Claudio **CONSOLO**

Professor Giorgio **COSTANTINO**
Università «Roma Tre» Facoltà di Giurisprudenza

Professor Marco **DE CRISTOFARO**
Università di Padova

Professor Giuseppe **DI FEDERICO**

Professor Angelo **DONDI**
Università di Genova

Professor Giuseppe **FINOCCHIARO**
Università degli Studi di Brescia

Professor Mariacarla **GIORGETTI**

Professor Andrea **GIUSSANI**

Professor Sergio **LA CHINA**

Professor Francesco Paolo **LUIO**

Professor Michele Angelo **LUPOI**

Professor Elena **MARINUCCI**
Università degli Studi Milano-Bicocca

Luca **PASSANANTE**
Ricercatore nell'Università di Brescia

Professor Nicola **PICARDI**

Professor Andrea **PROTO PISANI**

PROFESSOR Carmine **PUNZI**

Professor Achille **SALETTI**

Professor Elisabetta **SILVESTRI**
University of Pavia

Professor Michele **TARUFFO**
Istituto di diritto privato e processuale

Professor Nicolò **TROCKER**
Università degli studi di Firenze

Professor Giulio **UBERTIS**
Università di Milano-Bicocca

Professor Vincenzo **VARANO**
University of Florence

Professor Giovanni **VERDE**
Università LUISS

Professor Vincenzo **VIGORITI**
Università degli Studi di Firenze

Professor Francesca **ZANNOTTI**
Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Bologna

Professor Elena **ZUCCONI GALLI FONSECA**

КАБО-ВЕРДЕ

Professor Jorge Carlos **DE ALMEIDA FONSECA**

Dr. Antonio Manuel **MASCARENHAS GOMES MONTEIRO**
President of the Republica de Cabo Verde

КАНАДА

Professor H. Patrick **GLENN**

Professor Daniel **JUTRAS**

Professor Catherine **PICHE**
Faculty of Law Université de Montréal

Professor Janet **WALKER**
Osgoode Hall Law School of York University, Toronto

Professor Garry D. **WATSON**
Osgoode Hall Law School, York University, Toronto

Professor Frederick H. **ZEMANS**
Osgoode Hall Law School, York University, Toronto

КИТАЙ

Professor Guang-zhong **CHEN**
China University of Political Science and Law, Beijing

Professor Wei.-dong **CHEN**
Law School, Renmin University, Beijing

Doctor Huang **FENG**
Ministry of Justice People's Republic of China

Professor Yu-lin **FU**
School of Law, Peking University, Beijing

Professor Wei **JIAN**
Ren Min University of China

Professor Rong-jun **LIU**

Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences (CASS),
Beijing

Professor Wei-jian **TANG**

Law School, Renmin University, Beijing

Professor Min-yuan **WANG**

Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences (CASS),
Beijing

Professor Jinxi **WANG**

Institute of Evidence Law and Forensic Science
China University of Political Science and Law

Professor Ya-xin **WANG**

Law School of Tsinghua University

Professor Qiu-hong **XIONG**

Chinese Academy of Social Sciences (CASS), Beijing

Professor Song-nian **YING**

Law Department of State Administration College, Beijing

Professor Baosheng **ZHANG**

China University of Political Science and Law (CUPL)

Professor Jian-wei **ZHANG**

Law School, Tsinghua University, Beijing

Professor Wei-ping **ZHANG**

Law School, Tsinghua University, Beijing

Professor Hai-feng **ZHAO**

School of Law – Harbin Institute of Technology,
Harbin

КОЛУМБИЯ

Professor Ramiro **BEJARANO GUZMÁN**

Departamento de Derecho Procesal.
Universidad Externado de Colombia

Professor Hernán Fabio **LOPEZ BLANCO**

Departamento de Derecho Procesal.
Universidad Externado de Colombia

Professor Jairo **PARRA QUIJANO**

Professor Diana María **RAMÍREZ CARVAJAL**
Universidad de Medellín. Jefatura del Doctorado
en Derecho Procesal Contemporáneo

КОСТА-РИКА

Professor Dr. Sergio **ARTAVIA BARRANTES**

Dr. Olman Arguedas **SALAZAR**

ЛЕСОТО

Hon. Mr. Justice T.E. **MONAPATHI**
Palace of Justice

ЛИТВА

Professor Valentinas **MIKELÉNAS**
Vilnius Universitetas

Professor Vytautas **NEKROŠIUS**
Vilnius University

МАРОККО

Professor Abdellah **BOUDAHRAIN**

МЕКСИКА

Dr. Gonzalo M. **ARMIENTA CALDERÓN**

Professor Eduardo **FERRER MAC-GREGOR POISOT**

Professor Dr. Héctor **FIX-ZAMUDIO**

Dr. Fernando **FLORES-GARCIA**

Professor Macarita **ELIZONDO GASPARIN**

Dr. Jorge I. **GODINEZ GUTIERREZ**

Professor Josè **OVALLE FAVELA**

Professor Sergio Garcia **RAMIREZ**

МОЛДАВИЯ

Professor Cojuhari Alexandru **NICHIFOR**

НИГЕРИЯ

Professor Aguda T. **AKINOLA**

НИДЕРЛАНДЫ

Professor Dr. Daan **ASSER**

Professor Dr. Erhard **BLANKENBURG**

Paulien M.M. van der **GRINTEN**
Ministry of Justice

Professor Ewoud **HONDIUS**
Utrecht University

Professor Dr. Robert **JAGTENBERG**
Erasms Universiteit Rotterdam

Professor dr. Anthonie W. **JONGBLOED**
Utrecht University

Prof. Dr. Xandra E. **KRAMER**
Erasmus University Rotterdam

Prof. Dr. Bart **KRANS**
University of Groningen

Professor Adnan Buyung **NASUTION**

Professor Dr. B.C. **PUNT**

Professor Anni J. de **ROO**
Erasms Universiteit Rotterdam

Professor Dr. G. Robert **RUTGERS**

Professor Henk J. **SNIJDEERS**
Universiteit Leiden

Professor Taco A. W. **STERK**
University of Leiden

Dr. Bartosz **SUJECKI**

Professor Dr. Toon **VAN MIERLO**
Erasmus Universiteit Rotterdam

Professor C.H. (Remco) **VAN RHEE**
Universiteit Maastricht

Dr. R.Ch. **VERSCHUUR**

Professor Dr. J.B.M. **VRANKEN**

Professor Wil G. Ph. E. **WEDEKIND**

НОВАЯ ЗЕЛАНДИЯ

The Honourable Christopher Francis **FINLAYSON**
Attorney-General, Parliament Buildings

Graham D. S. **TAYLOR**

НОРВЕГИЯ

Professor Inge Lorange **BACKER**
Universitet i Oslo

Dr Anna **NYLUND**
University of Tromsø

ПАНАМА

Professor Jorge **FABREGA P.**

Professor Abel Augusto **ZAMORANO**

ПЕРУ

Professor Juan Federico **MONROY GÁLVEZ**

Professor Juan José **MONROY PALACIOS**

Professor Carlos **PARODI REMÓN**

Professor Anibal **QUIROGA LEON**

Professor Adrián **SIMONS PINO**

ПОЛЬША

Professor Maria **BORUCKA-ARCTOVA**

Professor Dr. Witold **BRONIEWICZ**
University of Łódź,
Faculty of Law and Administration

Professor Dr. Tadeusz **ERECINSKI**
President of the Supreme Court

PROFESSOR Dr. Kazimierz **LUBINSKI**

Professor Dr. Mieczyslaw **SAWCZUK**
Maria Curie-Skłodowska University, Faculty of Law,
Department of Civil Procedural Law
and International Commerce Law

Dr. Anna **SWIDERSKA-CICINELLI**
Ufficio della Promozione del Commercio e degli Investimenti
dell'Ambasciata della Repubblica di Polonia

ПОРТУГАЛИЯ

Professor Joao Antonio **ALVARO DIAS**

Professora Paula **COSTA E SILVA**
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade (Faculdade de Direito)

Professor Carlos Manuel **FERREIRA DA SILVA**

Professor José Manuel **LEBRE DE FREITAS**

Professor Álvaro **REIS FIGUEIRA**

Professor Dr. Miguel **TEIXEIRA DE SOUSA**

РОССИЯ

Professor Nataliya S. **BOCHOROVA**
Moscow State Lomonosov University

Professor Maria **FILATOVA**
Russian Academy of Foreign Trade

Professor Rimma **KALLISTRATOVA**
Russian Academy of Law

Professor Dmitri **MALESHIN**
Moscow State Lomonosov University

Professor Irina V. **RESCHETNIKOVA**
Ural State Law Academy

Professor Alexander **VERSCHININ**
Saint-Petersburg State University

Professor Elena **VINOGRADOVA**
Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences

Professor Vladimir V. **YARKOV**
Ural State Law Academy

РУМЫНИЯ

Professor Sebastian **SPINEI**
«Lucian Blaga» University

СЕНЕГАЛ

Dr. Seydou **BA**
Court Supreme

СЕРБИЯ

Professor Vesna **RAKIC VODINELIC**

СИНГАПУР

Professor Hock Lai **HO**
National University of Singapore

СЛОВАКИЯ

Katarína **GEŠKOVÁ**
Comenius University in Bratislava

СЛОВЕНИЯ

Professor Ales **GALIC**
University of Ljubljana

СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ АМЕРИКИ

Professor Samuel **BAUMGARTNER**
University of Akron School of Law

Professor Stephen **BURBANK**
University of Pennsylvania Law School

Professor Paul D. **CARRINGTON**
Duke University School of Law

Professor Robert C. **CASAD**
The University of Kansas

Professor Oscar G. **CHASE**
New York University School of Law

Professor Kevin M. **CLERMONT**
Cornell Law School

Professor Mirjan **DAMASKA**
Yale Law School

Professor Theodore **EISENBERG**
Cornell University

Professor Owen M. **FISS**
Yale Law School

Professor Maryellen **FULLERTON**
Brooklyn Law School

Professor Marc **GALANTER**
University of Wisconsin-Madison

Professor Bryant G. **GARTH**
Southwestern Law School

Professor Antonio **GIDI**
University of Houston Law Center

Professor Simona **GROSSI**
Loyola Law School

Professor Dr. Peter **HAY**
Emory University School of Law

Professor Geoffrey C. **HAZARD**
Hastings College of the Law University of California

Professor Deborah R. **HENSLER**
Stanford Law School

Professor Helen **HERSHKOFF**
New York University, School of Law

Professor Peter **HERZOG**
College of Law Syracuse University

Dr. Justice Earl **JOHNSON Jr.**

Professor Mary **KAY KANE**
Hastings College of the Law

Professor John H. **LANGBEIN**
Yale Law School

Professor John **LEUBSDORF**
Rutgers Law School

Professor Dennis **LYNCH**
University of Miami School of Law

Professor Thomas Orin **MAIN**
University of the Pacific McGeorge School of Law

Professor Richard L. **MARCUS**
Hastings College of the Law

Professor Toni Marie **MASSARO**
University of Arizona College of Law

Professor James **MAXEINER**
University of Baltimore School of Law

Professor John Henry **MERRYMAN**
Stanford Law School

Professor Linda S. **MULLENIX**
University of Texas School of Law

Professor Peter Loos **MURRAY**
Harvard Law School

Professor Judith **RESNIK**
Yale Law School

Professor Thomas D. **ROWE, Jr.**
Duke University School of Law

Professor Martin **SHAPIRO**
University of California, School of Law (Boalt Hall)

Professor Edward **SHERMAN**
Tulane Law School

Professor Linda **SILBERMAN**
New York University School of Law

Professor Linda S. **SIMARD**
Suffolk University Law School

Professor Lawrence B. **SOLUM**
Georgetown Law school

Professor Stephen **SUBRIN**
Northeastern University School of Law

Professor Ellen E. **SWARD**
University of Kansas School of Law

Professor Louise Ellen **TEITZ**
Roger Williams University School of Law

Professor Carl **TOBIAS**
University of Richmond School of Law

Professor Joseph H. H. **WEILER**
New York University School of Law

Professor Margaret Y.K. **WOO**
Northeastern University School of Law

Professor A.N. **YIANNOPOULOS**
Tulane University Law

ТАЙВАНЬ

Professor Dr. Shen **KUAN-LING**
National Taiwan University

ТУРЦИЯ

Professor Baki **KURU**

Professor Dr. Ergun **OZSUNAY**
Istanbul University

Av. Murat R. **OZSUNAY, M.C.J.** (U.T. Austin)
Bar Assoc. of Istanbul & Frankfurt/M

Professor Hakan **PEKCANITEZ**
Galatsaray Üniversitesi

УКРАИНА

Professor Zorian **BAZYLEVYCH**

Professor Svitlana **KRAVCHENKO**

УРУГВАЙ

Professor Jaime L. **GREIF**

Dr. Walter D. **GUERRA PEREZ**

Professor Margarita de **HEGEDUS**

Professor Martha **JARDI ABELLA**

Professor Angel **LANDONI SOSA**

Dr. Santiago **PEREIRA CAMPOS**

Dr. Luis María **SIMÓN OLIVERA**

Professor Edgar J. **VARELA-MÉNDEZ**

ФИНЛЯНДИЯ

Professor Laura **ERVO**
University of Örebro School of Law

Professor Irma **LAGER**
University of Helsinki

LL. D Sakari **LAUKKANEN**
University of Turku, University of Joensuu and Technical University of Lappeenranta
Justice of the Court of Appeal

Justice Gustaf **MÖLLER**

ФРАНЦИЯ

Professeur Soraya **AMRANI MEKKI**
Université Paris 10-Nanterre

Professor Jean Louis **BERGEL**
Université d'Aix-Marseille III

Professor Georges **BOLARD**

Professor Loïc **CADIET**
Ecole de droit de la Sorbonne – Université Paris 1

Professor Cécile **CHAINAIS**
Université de Picardie Jules Verne,
Faculté de droit et de science
politique

Professor Thomas **CLAY**
Université de Versailles, Faculté de Droit

Professor Frédérique **FERRAND**
Université Jean Moulin, Lyon

Professor Françoise **GRIVART DE KERSTRAT**
Faculté de Droit,
Université d'Aix-en-Provence

Dr. Dominique **HASCHER**
l'Université Paris 1

Professor Emmanuel **JEULAND**

Professor Pierre **JULIEN**
Université de Nice, Faculté de Droit

Professor Eric **LOQUIN**

Professor Marie-Laure **NIBOYET**
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Dr Marie **NIOCHE**
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Professor Jacques **NORMAND**
Faculté de Droit et de Science Politique de Reims

Professor Roger **PERROT**
Université de Paris II

Professor Jean-Pierre **ROYER**

Professor Yves **STRICKLER**
University Nice Sophia Antipolis
Faculty of Law

ХОРВАТИЯ

Professor Dr. Mihajlo **DIKA**
Zagreb University Law Faculty

Professor Dr. Alan **UZELAC**
Zagreb University Law Faculty

ЧЕХИЯ

Professor Judr. Alena **WINTEROVA**
Pravnicka fakulta University Karlovy

ЧИЛИ

Professor Arturo Felipe **ONFRAY VIVANCO**
Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales
E-mail: arturo_onfray@hotmail.com

Professor Hugo **PEREIRA ANABALON**

Professor Raul **TAVOLARI OLIVEROS**

ШВЕЙЦАРИЯ

Professor Steven **BERTI**

Professor François **BOHNET**

Prof. Tanja **DOMEJ**
University of Zürich

Professor Ulrich **HAAS**
University of Zürich

Prof. Ingrid **JENT-SØRENSEN**

Professor Dr. Alexander **MARKUS**
Université de Berne

Professor Dr. Isaak **MEIER**
University of Zürich

Dr. iur. Fridolin **WALTHER**, Rechtsanwalt, LL.M. (Yale)

Professor Dr. Gerhard **WALTER**

ШВЕЦИЯ

Professor Torbjörn **ANDERSSON**
Uppsala University

Professor Gunnar **BERGHOLTZ**
University of Lund

Professor Dr. Christian **DIESEN**
University of Stockholm

Professor Henrik **EDELSTAM**
University of Stockholm

Professor Lars **HEUMAN**
University of Stockholm

Professor Ulla **JACOBSSON**

Professor Dr. Per Henrik **LINDBLOM**
Professor Bengt **LINDELL**
Uppsala University

Professor Roberth **NORDH**
Uppsala University

Professor Dr. Patricia **SHAUGNESSY**
University of Stockholm

Professor Dr. Per Ole **TRÄSKMAN**
University of Lund

Professor Dr. Peter **WESTBERG**
University of Lund

ЮЖНАЯ КОРЕЯ

Prof. Dr. choong-soo **HAN**
Hanyang Law School

Professor Young-joo **HAM**
Chung-Ang University

Professor Moon-hyuck **HO**
Seoul National University

Professor Kyeng-wook **KIM**

Professor Sang-soo **KIM**

Professor Yong-Jin **KIM**
Taejon School of Law Chungnam National University

Professor Gyoo-ho **LEE**
Chung-Ang University

Professor Sang-hyun **SONG**
Seoul National University College of Law

ЮЖНО-АФРИКАНСКАЯ РЕСПУБЛИКА

Professor Pamela Jane **SCHWIKKARD**
University of Cape Town

Professor Dr. Andries Charl **CILLIERS**

Professor Wouter **DE VOS**
University of Cape Town

Professor Roshana Alice **KELBRICK**
University of South Africa

Professor S. **SANDILE NGCOBO**

ЯПОНИЯ

Professor Dr. Masahisa **DEGUCHI**
Ritsumeikan University

Professor Yukiko **HASEBE**
Gakushuin University

Professor Dr. Yasunori **HONMA**
Nagoya University

Professor Dr. Tatsuo **IKEDA**
Osaka University

Professor Dr. Akira **ISHIKAWA**

Professor Makoto **ITO**
Waseda University

Professor Weidong **JI**
Kobe University

Professor Dr. Masanori **KAWANO**

Rechtsanwalt Professor Dr. Toichiro **KIGAWA**

Professor Ichiro **KITAMURA**

Professor Takeshi **KOJIMA**
Yokohama University

Professor Noboru **KOYAMA**

Professor Dr. Hiroyuki **MATSUMOTO**
(office) Ryukoku University Kyoto

Professor Koichi **MIKI**
Keio University

Professor Dr. Dr.h.c. Hideo **NAKAMURA**

Professor Shunichiro **NAKANO**
University of Kobe

Professor Munehide **NISHIZAWA**
Aoyama-Gakuin University

Professor Masahiko **OMURA**
Chuo University

Professor Dr. Koji **SHINDO**

Professor Masahiro **SUZUKI**

Professor Hiroshi **TAKAHASHI**
Chuo University

Professor Morio **TAKESHITA**

Professor Yasuhei **TANIGUCHI**
Senshu University

Professor Manabu **WAGATSUMA**
Tokyo Metropolitan University

Научное издание

**Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст:
Всемирная конференция
Международной ассоциации процессуального права,
18—21 сентября 2012 г., Москва, Россия**

Сборник докладов

