А. Я. Клейменов

СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

2-е издание

Монография

• ПРОСПЕКТ •

СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГР

Анатолий Яковлевич Клейменов

Состязательность в гражданском судопроизводстве Соединенных Штатов Америки. 2-е издание

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21570642
Издательство "Проспект"; 2016
ISBN 9785392054473

Аннотация

Эта книга представляет собой второе, переработанное и дополненное издание монографии "Состязательная модель гражданского судопроизводства по законодательству США". В книгу вошел материал, который автор привез из рабочей командировки в Филадельфию (США) в 2003 году, где в интересах общего с американскими партнерами клиента принимал участие в подготовке к предъявлению иска в один из федеральных судов США, а также участвовал в досудебном допросе экспертов – специалистов по российскому праву. Данный материал был положен автором в основу подготовленной для защиты одноименной диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Книга будет интересна студентам, преподавателям, адвокатам, юристам международных компаний,

работникам организаций, имеющих отношение к американской юстиции.

Содержание

К ЧИТАТЕЛЮ 5
ГЛАВА I 7
§ 1. Состязательность как судопроизводственный метод и как система правил гражданского судопроизводства 7
§ 2. Содержание состязательной системы 27
ГЛАВА II 45
§ 1. Элементы состязательной системы гражданского судопроизводства США 45
Конец ознакомительного фрагмента. 121

Анатолий Яковлевич Клейменов

СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

2-е издание

Монография

К ЧИТАТЕЛЮ

В практике федеральных судов США все чаще рассматриваются дела, участниками которых являются российские граждане и юридические лица, выступающие там в качестве как истцов, так и ответчиков по спорам с участием иностранных контрагентов. Тематика споров разнится от вопросов, связанных с защитой авторских и трудовых прав, до коммер-

ческих споров (причинение убытков, захват чужой собственности, нарушение договорных обязательств и проч.).

Нередко американские суды признают юрисдикцию над российскими ответчиками в ситуациях, когда спор напрямую не связан с событиями, имеющими отношение к США, а фактические обстоятельства дела составляют основу правоотношений, складывающихся на территории Российской Федерации.

Суды Америки также сталкиваются со спорами, при разрешении которых подлежит применению российское право, что требует его знания. К процессу привлекаются обладающие этими знаниями специалисты, в большинстве своем российские, которые принимают участие в разбирательстве дел в судах США в качестве экспертов или свидетелей по материальному и процессуальному праву.

Поэтому знакомство с сущностью института состязательности в судопроизводстве США, являющегося предметом данной книги, представляется полезным российским участникам процесса, а также всем организациям, которые могут столкнуться с американской юстицией.

ГЛАВА I
ПОНЯТИЕ И ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ США

§ 1. Состязательность как судопроизводственный метод и как система правил гражданского судопроизводства

Состязательность как судопроизводственный процесс установления обстоятельств гражданских дел. Дуализм целей гражданского судопроизводства. Поиск истины и достижение справедливого результата. Состязательность как система правил гражданского судопроизводства. Взгляды американских ученых на основные компоненты (черты) состязательной системы. Особенности состязательной системы

гражданского судопроизводства США. Контрольные функции суда и его активность в процессе. «Смешанный» характер гражданского судопроизводства США. Принцип автономии частных прав как состязательный принцип в гражданском судопроизводстве США.

Современная американская правовая доктрина в целом единодушна в определении состязательности гражданского судопроизводства.

Состязательность рассматривается в двух аспектах: как состязательный процесс или судопроизводственный метод, посредством которого производится установление обстоятельств дела, а также как система рассмотрения конфликтов (судебных, квазисудебных, административных).

Толковый юридический словарь Black's определяет состязательный процесс в трех самостоятельных значениях: процесс «с участием сторон с противоположными интересами»; процесс, в котором стороны состязаются между собой, т. е. «отличный от процесса или заседания, проводимого судьей без участия одной из сторон (ex parte)»; процесс, «в котором исковая сторона уведомляет другую о процессе, давая последней возможность оспорить исковые требования» [1].

Первое значение данного определения – участие процессуальных противников – сближает, как показано ниже, процесс с дефиницией состязательной системы. Второе значение (открытость или доступность процесса для участия обеих сторон) – процедурная составляющая состязательного

процесса, поскольку обеспечивает непосредственное, очное столкновение сторон, их позиций по делу. Третье значение также носит процедурный характер.

Согласно Глоссарию юридических терминов, разработанному и используемому в работе Шестым окружным судом штата Флорида, состязательный процесс – это судопроизводственный метод, основанный на уверенности в том, что истина лучшим образом может быть выявлена там, где у противоборствующих сторон имеется полная возможность представить свои доказательства и оспорить доказательства противоположной стороны. «Все это производится в соответствии с установленными правилами процесса перед независимым (беспристрастным) судом или судьей» [2].

По мнению Американской ассоциации юристов, этот метод реализации функций или представления позволяет избежать естественной тенденции «суда на скорую руку без учета полного знания о деле» [3].

В контексте процесса состязательность рассматривается с позиций способа установления фактических обстоятельств дела, возможности знать о фактах и аргументах сторон до начала судебного разбирательства.

Как механизм исследования таких обстоятельств дела, во многом определяемый правовым положением сторон и суда, состязательность в гражданском судопроизводстве США регулирует процесс сбора фактического материала, диктует приемы и методы исследования этого материала, определя-

ет действия сторон и суда по сбору и анализу доказательств, последовательность совершения этих действий и их правовые последствия, что в конечном итоге способствует доверию общества к судебной системе.

Прецедентная практика Верховного суда США под таким механизмом понимает «состязательное тестирование (проверку)» доказательств, представляемых процессуальными противниками по делу.

Правовой основой состязательного тестирования является Шестая поправка к Конституции США о праве на профессиональную помощь адвоката как проводника идеи состязательного тестирования в процессе [4].

По уголовным делам нарушение требований Шестой поправки «обусловливает неконституционность результата по делу и влечет его автоматический пересмотр» [5].

По гражданским делам нарушение требований данной поправки также влечет невосполнимый ущерб процессу. Так, по компенсационным искам, вытекающим из ненадлежащего качества профессиональной помощи адвоката, признается связь между правом на гражданско-правовую компенсацию и ущербом, который был причинен обвиняемому (подсудимому) некачественной помощью адвоката в контексте нарушения им требований Шестой поправки к Конституции США, что «ведет к подрыву нормальной работы состязательной системы…» [6].

В целом существо состязательного тестирования заключается в сборе и представлении сторонами доказательств, приемах и методах их исследования, в частности в возможности личного допроса стороны под присягой и угрозой уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, в праве сторон на допрос и перекрестный допрос, а также в оценке и непосредственном исследовании поведения сторон судом (Maryland v. Craig, (89–478) 497 U. S. 836 (1990) [7].

Верховным Судом США установлено, что без состязательного тестирования нет гарантий надлежащего функционирования состязательной системы, справедливого и юридически правильного результата по делу [8].

По делу Polk County v. Dodson, 454 U. S. 312, 318 (1981), Верховным Судом США установлено, что состязательное тестирование позиций и доказательств сторонами бесспорно повысит общественный интерес к истине и справедливости [9].

Верховным Судом США также подтверждается, что американская правовая традиция рассматривает состязательный процесс как наилучшее средство установления истины и минимизации риска ошибки [10].

В решении Верховного Суда США по делу Penson v. Ohio, 488 U.S. 75, 84 (1988) подчеркивается, что «состязательная система покоится на хорошо проверенном постулате, что истина, так же как и справедливость, наилучшим образом про-

являет себя в результате хорошо аргументированной полемики сторон» [11].

Как усматривается из приведенных позиций Верховного Суда США, целями гражданского процесса являются поиск истины, а также достижение справедливого результата рассмотрения дела.

Такой дуализм в определенной степени отражает дискуссию в американской процессуальной доктрине о целях гражданского судопроизводства США.

Ряд ученых, в частности Э. Баррет, считают, что состязательная система гражданского судопроизводства обеспечивает задачу отыскания истины по делу, поскольку в своей основе имеет предположение о том, что истина в споре скорее всего будет достигнута при условии предоставления адвокатам сторон возможности полемики по всем возникающим в процессе вопросам, возможности представления своих позиций в наиболее выгодном свете [12].

Л. Фуллер полагает, что вместо того, чтобы требовать от судьи совмещения функций арбитра и «исследователя фактов», состязательная система требует, чтобы каждая из сторон устанавливала, представляла доказательства, которыми наиболее выгодно обосновывала позицию в споре [13].

Р. Аронсон считает, что состязательная система позволяет избежать формирование у суда скорых убеждений о результате спора посредством мотивации каждой из сторон спо-

ра в формировании абсолютно субъективных и выгодных только ей позиций, для подтверждения которых стороной осуществляется сбор, исследование и представление доказательств, аргументации доказательств в ее пользу для последующего столкновения такой субъективной позиции с позицией противоположной стороны. В таком случае стороны оказываются наилучшим образом подготовленными к суду [14].

Аналогичной позиции придерживается С. Ландсман, который убежден в том, что в основе состязательной системы лежит фундаментальное положение, согласно которому нейтральный суд с большой степенью вероятности придет к правильному решению по делу, удовлетворяющему или приемлемому для сторон спора и общества в целом, там, где адвокаты сторон найдут и представят суду больше полезной информации и аргументов для принятия решения, чем суд сможет раздобыть самостоятельно [15].

М. Френкель отмечал, что истина является фундаментальной целью процесса и одновременно высказывал опасение в том, что в доктрине и практике не уделяется достаточно внимания инициативам, направленным на обеспечение путей ее достижения [16].

В целом позиция американских ученых о материальном характере истины (как «состояния, соответствующего фактическому положению вещей» [17]) в качестве цели процес-

са является менее распространенной в сравнении с иными мнениями, высказывавшимися в доктрине.

В частности, Б. Бэбкок считает, что целью судопроизводства является разрешение споров как таковое [18].

У. Бернам полагает, что поиском истины теория правосудия не озабочена вообще – она лишь задается вопросом, были ли соблюдены «правила игры» [19].

Согласно Р. Аронсону, особой функцией, выполняемой состязательным процессом рассмотрения спора, является обеспечение или создание условий, направленных не только на свершение правосудия по конкретному делу, но и на создание впечатления того, что это (правосудие) имело место быть [20].

Ч. Кэртис считает, что правосудие, а не истина является всеобъемлющей целью правовой системы: «…правосудие несколько больше и значимее, чем истина. Истина – это только один из элементов правосудия. Истина должна найтись справедливым способом. Правосудие представляет возможность получить удовлетворение всем нуждающимся» [21].

Значимость приведенной позиции заключается в том, что, если целью правовой системы называется правосудие, это предопределяет необходимость или неизбежность вмешательства суда, его активность в процессе, в частности в случае, когда одним из участников спора является лицо без квалифицированного судебного представительства (pro se

litigant).

Аналогичной позиции придерживаются Д. Фриеденталь, М. Кэйн и А. Миллер, которые считают, что целью установления процессуальных правил гражданского судопроизводства любой страны является обеспечение справедливости процесса установления истины по делу и достижения честного, эффективного и экономически оправданного результата споров [22].

Г. Джонстон и С. Луфрано также считают, что у состязательной системы гражданского судопроизводства два равноправных приоритета: поиск истины и достижение справедливого результата [23].

Приведенные позиции о равноправных приоритетах процесса означают, что справедливый результат может явиться как следствием нахождения истины, так и результатом следования требованиям установленных правил и процедур.

Приведенные позиции также согласуются с задачами гражданского судопроизводства США, установленными в Правиле 1 Федеральных правил гражданского процесса: «обеспечение справедливого, быстрого и незатратного разрешения каждого гражданского дела». Как видно из его содержания, в качестве самостоятельных ценностей данное Правило рассматривает не только справедливый результат разрешения спора, но и такой его результат, который не будет излишне обременительным для участников спора и может быть полученным в разумные сроки.

Средством достижения процессуальных приоритетов является установление для адвокатов правил профессионального поведения и ответственности, в соответствии с которыми на них возложен комплекс обязанностей по отношению к процессуальным противникам (в частности, воздержаться от попыток помешать доступу противоположенной стороне к доказательствам по делу) и суду.

Так, в силу п. 3.1 Модельных правил профессионального поведения адвокат является служащим правовой системы и несет обязанность перед судом поддерживать только имеющие разумное обоснование позиции. Адвокат обязан без ущерба для интересов клиента предпринимать все необходимые усилия для обеспечения быстрого движения дела (п. 3.2), также обязан быть честным по отношению к суду, что включает обязанность не допускать искажения фактов или применения норм права (п. 3.3).

Рассмотрение процессуальной состязательности только и исключительно с позиций механизма исследования или установления фактических обстоятельств дела (сущностная сторона состязательности) не является верным, поскольку состязательность в гражданском процессе США рассматривается также с позиций формы, т. е. внешней стороны процесса.

Метод обсуждения вопросов путем полемики, столкновения различных мнений является верным путем к установлению обстоятельств гражданских дел. Соответственно судеб-

ное разбирательство происходит в форме состязания сторон, занимающих противоположные позиции.

Поэтому состязательность характеризуется также с позиций реализации частноправовых инициатив сторон, представляющих суду свои дела (позиции по вопросам факта и права), т. е. в контексте проявления автономии частных прав лиц в гражданском судопроизводстве.

Верховный Суд США по делу Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 204, 82 S.Ct.691, 703, 7 L.Ed.2d 663 (1962) установил, что «конкретная состязательность необходима, чтобы ярко продемонстрировать поднимаемые в позициях сторон проблемы, от которых в значительной степени зависит способность суда высветить сложные вопросы… без чего спор не может рассматриваться в федеральных судах в качестве дела или неразрешенного противоречия» [24], а по делу Hickman v. Taylor, 329, U.S. 495, 516, 67 S.Ct 385, 396, 91 L.Ed.451, 465 (1947) – что «суд в системе общего права является и всегда должен являться состязательным процессом» [25].

Толковый юридический словарь Black's определяет состязательную систему как «систему законов, правил и процедур, характеризуемую наличием сторон с противоположными интересами, состязающихся между собой за получение благоприятного результата по делу. В такой системе судья действует в качестве независимого магистрата, а не в качестве прокурора; эта система отлична от системы инквизици-

онной» [26].

М. Фридман определяет состязательную систему как «систему рассмотрения споров, при которой стороны представляют свои версии по вопросам фактов и права независимому и относительно пассивному судье или жюри, принимающим решение о том, кто победит» [27].

Согласно С. Ландсману, у состязательной системы две характерные черты: «нейтральный и пассивный арбитр или лицо, принимающее решение по делу, и представление сторонами своих доказательств и позиций по делу». Вместе с тем С. Ландсман выделяет третий характеризующий признак – «крайне структурированная судебная процедура с четкими процедурными, этическими и доказательственными правилами, чтобы гарантировать справедливость не только судебной, но и досудебной стадии и стадии исполнения решения» [28].

В наиболее общем виде С. Ландсман предложил определение состязательной системы как единого понятия, «реализация которого производится путем использования внутренне взаимосвязанных институтов и процедур, каждая из которых имеет огромное значение по отношению к процессу как таковому» [29].

У. Бернам выделяет четыре компонента состязательной системы: (1) нейтральный и пассивный арбитр; (2) представление сторонами своих доказательств и аргументов; (3)

построение судебного разбирательства таким образом, чтобы выявить и поддерживать полемику аргументов и доказательств сторон; (4) равные возможности для сторон по представлению своих позиций и доказательств [30].

Д. Шрив и П. Равен-Хансен считают, что состязательная система характерна тем, что стороны инициируют и продвигают рассмотрение спора в этой системе, а судья исторически и по крайней мере в теории играет относительно пассивную роль суперарбитра. На сторонах лежит бремя представления ими своих позиций и возражений, фактического их обоснования. Суд редко проявляет инициативу в самостоятельном установлении обстоятельств дела [31].

Э. Сворд утверждает, что состязательная система характеризуется контролем сторон за сбором и представлением доказательств и аргументов и пассивным арбитром, который только лишь выслушивает обе стороны и принимает решение по делу на основе выслушанного [32].

Д. Фриденталь и М. Кэйн полагают, что основной чертой состязательной системы, которая оказывает влияние на развитие процесса, является контроль сторон (или их адвокатов) и формирование (структурирование) ими спора в том смысле, что именно стороны выносят на разрешение суда вопросы права и факта, а также вопросы процесса. «Движение дела происходит в результате действий и процессуальных инициатив сторон… Положение суда в ходе процесса

является достаточно пассивным» [33].

Таким образом, позиция американских исследователей сводится к определению состязательной системы как системы ведения и рассмотрения споров, при которой стороны, а не суд несут основные обязанности по определению предмета спорного правоотношения, движению процесса и установлению имеющих значение фактов.

Данное определение состязательной системы не является имманентно присущим только американскому праву.

Однако состязательная система гражданского судопроизводства США явным образом выделяется из состязательного спектра моделей стран системы общего права широчайшими процессуальными возможностями, которые предоставлены сторонам и их адвокатам, а также совокупностью имеющих правовые и социально-политические причины особенностей, делающих ее уникальной.

Так, сторонам предоставлена возможность с максимальной простотой инициировать судебный процесс, что обеспечивается минимальными требованиями к содержанию иска.

Сторонам предоставлены большие возможности по сбору и исследованию фактического материала, его истребованию друг от друга и третьих лиц с минимальным вовлечением в этот процесс суда (процедура раскрытия доказательств). Сторонам предоставлено право представления доказательств суду и направления движения процесса до такой степени, что нередко роль суда сводится к пассивному кон-

тролю за происходящим.

Объяснением и одновременно исторической подоплекой этого служит феномен участия присяжных заседателей (жюри) в разрешении вопросов фактической стороны (дела) в ходе имеющей концентрированный, а потому непрерывный характер стадии судебного разбирательства, проходящего в форме устного состязания противоборствующих сторон.

Непрерывность стадии судебного разбирательства предопределена объективной сложностью для присяжных заседателей воспринимать и анализировать фактическую информацию в ходе нескольких судебных заседаний, информацию, получаемую в результате многочасовых прямых и перекрестных допросов свидетелей, экспертов, выступлений адвокатов сторон [34].

Возможность проведения одного (а не нескольких) судебного заседания связана с раскрытием сторонами друг другу доказательств и аргументов на досудебной стадии процесса, тщательностью подготовки дела к суду, что обусловливает нейтралитет суда при рассмотрении дела по существу спора.

Однако раскрытие доказательств предполагает длительность досудебной стадии процесса. Соответственно концентрированность стадии судебного разбирательства неизбежно предполагает длительный, затяжной характер досудебной подготовки и представляет собой институциональную черту гражданского процесса США, влияющую на представление

сторонами своих позиций (через процедуру обмена состязательными бумагами) и доказательств (в результате процедуры раскрытия доказательств) суду, т. е. на реализацию инициативы сторон в развитии и движении дела.

Противоборство сторон (как в ходе устного состязания в суде и на досудебной стадии) основано и поддерживается усилиями адвокатов сторон, за которыми признается функция катализатора или двигателя состязательного процесса. Адвокаты в полной мере остаются ответственными за раскрытие и представление доказательств и аргументов по делу. В свою очередь, суд преимущественно выполняет функцию рефери или арбитра, следящего за соблюдением адвокатами сторон правил процесса [35].

При таком положении весь процесс контролируется сторонами, а точнее, их адвокатами, и только в последнее десятилетие указанное «господство» сторон стало ограничиваться изменением, возрастанием роли суда по контролю в гражданском судопроизводстве США [36].

Эта контрольная функция связана с администрированием процесса, вмешательством суда в ход процесса для снижения негативных последствий проблем субъективного и объективного характера, возникающих особенно на досудебной стадии процесса (длительное откладывание, приостановление совершения процессуальных действий, в том числе вследствие законного воспрепятствования движению процесса адвокатов сторон (преимущественно со стороны ответ-

чиков)).

Как показано в монографии, современная состязательная система гражданского судопроизводства США представляет собой систему рассмотрения споров, основанную на специфическом соотношении процессуального положения суда и лиц, участвующих в деле, позволяющего им особенно в досудебной стадии процесса, используя ряд взаимосвязанных процедур, включая обмен состязательными документами и процедуру досудебного раскрытия доказательств, проявить и максимально реализовать свои процессуальные инициативы, направленные на донесение до суда своих позиций по вопросам фактической и правовой составляющих дела с целью завершения спора в ходе досудебной подготовки либо в суде, позволяющего сторонам (их адвокатам) практически контролировать развитие процесса.

Такое положение сторон, однако, ограничивается судом, функция которого заключена не только в беспристрастном реагировании на указанные инициативы сторон, но и при определенных обстоятельствах в активном вмешательстве и администрировании процесса.

Именно поэтому состязательность в гражданском процессе США, предполагая активность сторон и пассивность суда, в действительности реализуется при сильном и властном суде, поскольку только такой суд может гарантировать соблюдение сторонами правил процессуальной борьбы.

Неудивительно, что развитие процессуальной состяза-

тельности в гражданском процессе США в ее современном варианте сопряжено с усилением власти (полномочий) суда.

Следовательно, современная система гражданского судопроизводства США не только не является системой «чистой состязательности», но и имеет выраженные признаки «смешанной» системы гражданского процесса, конечно, не являясь таковой по своей сути.

Отмеченное соотношение статуса суда и сторон представляет собой систему процессуальных «сдержек и противовесов», обусловленную взаимосвязью исследованных в монографии элементов состязательной системы и отвечающую за функционирование действенного механизма эффективной защиты нарушенных или оспариваемых прав.

Краеугольным камнем состязательной системы гражданского процесса США является положение об автономии частных прав (положение об индивидуальных инициативах сторон).

Именно стороны или их адвокаты несут ответственность за разработку фактической составляющей дела и представления ее, подкрепленной правовой аргументацией, присяжным или суду.

Такой поход отражает убежденность в том, что, будучи самыми заинтересованными в исходе спора лицами, именно стороны имеют стимул максимально обстоятельно, тщательно и полно подготовиться к процессу, тем самым обусловив возможность для заранее не осведомленного о существе дела

судьи принять решение на основе представляемых сторонами доказательств и доводов в ходе устного состязания, пришедшего на смену уходящей корнями к английской правовой традиции «состязательной дуэли» [37].

Принцип автономии частных прав в процессуальных отношениях нашел свое воплощение в качестве состязательного принципа.

По мнению американского ученого А. Вестала, состязательная система – это «система юриспруденции стран общего права, основанная на принципе состязательности…» [38].

Необходимо, однако, отметить, что как таковой состязательный принцип не нашел отражения в источниках гражданского процессуального права США – Конституции США [39] и разделе 28 Свода законов США «Судоустройство и судопроизводство» [40].

Не выделен принцип состязательности и в Федеральных правилах гражданского процесса для районных судов США (ФПГП) от 1938 г. (с изм. на 1 декабря 2007 г.) [41].

Использование этого термина в прецедентах [42], а также в доктрине [43] призвано сообщить особую значимость рассматриваемому положению, что хотя и не означает признание американскими учеными наличия в системе общего права стройной концепции принципов или институтов права, однако с учетом представленной в монографии прецедентной практики Верховного Суда США и федеральных окруж-

ных апелляционных судов обусловливает или ориентирует нижестоящие суды на понимание фундаментальности защищаемых ценностей и соблюдение гарантий, предоставляемых состязательной системой участникам гражданского судопроизводства, поскольку нарушение или неправильное применение включаемых в эту систему прав (или элементов) является основанием к отмене судебных решений.

Несмотря на отсутствие единой нормы, закрепляющей состязательность гражданского процесса США как системы правил разрешения конфликтов, положения, раскрывающие существо или характер состязательной системы в целом, представлены в ФПГП, Федеральных правилах о доказательствах (ФПД) и Федеральных правилах апелляционного производства (ФПАП): положения о частной автономии сторон, о праве явиться и быть выслушанным беспристрастным судом, праве на эффективную юридическую помощь, суде присяжных по гражданским делам, процессуальном равноправии сторон, праве представить доказательство или вызвать свидетеля, праве на перекрестный допрос.

В своей совокупности данные положения дают представление о содержании состязательной системы гражданского судопроизводства США.

§ 2. Содержание состязательной системы

Конституционно-правовое обоснование отдельных черт состязательной системы гражданского судопроизводства США. Состязательная система как совокупность составляющих ее элементов. Взаимосвязь элементов состязательной системы с фундаментальной конституционно-правовой доктриной надлежащего процесса. Право лица явиться и быть выслушанным беспристрастным судом и право на то, чтобы судебное решение было мотивированным как самостоятельные элементы состязательной системы. Единый критерий значимости элементов состязательной системы. Критика составляющих состязательную систему элементов как доказательство их существования. Социально модифицирующая функция состязательной системы США. Американский правовой легализм.

Состязательная система гражданского судопроизводства США в целом не получила непосредственного закрепления в положениях Конституции США: текст Конституции не содержит прямого указания на состязательную форму отправления правосудия в судах США.

Однако важные части состязательного механизма прямо

признаются Конституцией США и Верховным Судом США как имеющие конституционно-правовое обоснование.

Так, ст. 3 Конституции США устанавливает, что «судьи как Верховного, так и нижестоящих судов занимают свои должности, пока ведут себя безупречно, и в установленные сроки получают за свою службу вознаграждение, которое не может быть уменьшено во время их пребывания в должности» [44]. Данное положение не обеспечивает состязательность при рассмотрении дел, но способствует функционированию независимого судейского корпуса – ключевого элемента состязательной системы.

Седьмая поправка к Конституции США, касающаяся рассмотрения гражданских дел, сохраняет право на участие жюри присяжных при рассмотрении таких дел, определяя при этом, что в общем случае ни один факт, установленный жюри присяжных, не может быть пересмотрен каким-либо судом США [45].

Пятая поправка к Конституции США, именуемая «Положение о надлежащем процессе», устанавливает гарантии от произвольного, т. е. без соблюдения надлежащей процедуры, лишения или ограничения имущественных прав лица. Данная поправка позволила сформировать в гражданском процессе США минимальные процессуальные гарантии участвующим в деле лицам право на уведомление о процессе и право быть выслушанным [46].

По делу Херринг против Нью-Йорка Верховный Суд США установил, что «состязательный процесс сбора доказательственного материала… был конституционно закреплен в Пятой и Четырнадцатой поправках к Конституции США» [47].

Верховный Суд США по делу Jones v. Barnes, 463 U.S. 745, 759 (1983) подтвердил также важность в целом для состязательного процесса Шестой поправки к Конституции США о праве на профессиональную юридическую помощь [48].

Таким образом, можно согласиться с обоснованностью тезиса М. Дамаски о том, что «состязательная система инкорпорирована до некоторой степени в конституционное право через право на юридическую помощь и надлежащий процесс» [49].

Однако эти важные права являются лишь частью более обширного перечня прав, существование которых раскрывает или характеризует состязательную систему судопроизводства США.

По мнению М. Фридмана, состязательная система гражданского процесса США представляет собой совокупность важнейших основополагающих прав, которые защищают и обеспечивают достоинство частного лица в свободном обществе [50]. Эти составляющие состязательную систему права включают:

– частную автономию сторон;

– эффективную профессиональную юридическую помощь;

– наличие суда с участием присяжных (по гражданским делам в том числе);

– процессуальное равноправие сторон;

– право представить доказательство или вызвать свидетеля, право на перекрестный допрос.

Данная структура как совокупность всех составляющих ее прав, именуемых американскими исследователями «элементами», рассматривается в доктрине только М. Фридманом. Другие авторы выделяют лишь отдельные элементы или их комбинации.

В частности, Д. Хазард и С. Сабрин в качестве ключевых элементов состязательной системы рассматривают право представлять доказательства и право на помощь адвоката [51]. Э. Сворд считает, что ключевыми элементами состязательной системы гражданского судопроизводства США являются ответственность сторон за сбор и представление доказательств и аргументов по делу. В качестве второго элемента система рассматривает беспристрастного судью, не обладающего информацией о существе дела до начала судебного разбирательства [52].

Приведенные элементы процессуальной состязательности системно связаны с фундаментальной правовой концепцией американского права, известной как конституционная док-

трина «надлежащего процесса» [53], согласно которой «никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества без надлежащего (судебного) процесса» [54] – процесса единообразного применения правил гражданской процедуры и правил о доказательствах, ведущегося с участием уведомленных о процессе лиц, которым предоставлено право явиться и быть выслушанными в защиту своего частного, субъективного (имущественного или неимущественного) интереса [55].

Существо надлежащего процесса заключается в защите от спорных и необоснованных действий (решений) властей, которыми могут затрагиваться гражданские права фундаментального характера [56].

Правовым основанием доктрины служат упоминавшиеся Пятая и Четырнадцатая поправки к Конституции США, защищающие граждан и юридических лиц от (незаконных или необоснованных) действий федерального правительства и правительств штатов. Эти поправки принято называть «нормы о надлежащем процессе».

Сами по себе эти конституционные нормы рассматриваются в качестве материально-правовой составляющей доктрины надлежащего процесса [57].

Вместе с тем имеется и процессуальная составляющая концепции надлежащего процесса, иногда называемая «процессуальным (процедурным) надлежащим процессом» [58]. Эта сторона надлежащего процесса гарантирует процессу-

альную (процедурную) честность при рассмотрении вопроса, подпадающего под диспозицию указанных поправок.

Для применения этой диспозиции по конкретному делу необходимо показать, в частности, что имеет место ограничение существенных и неотъемлемых прав и свобод, а также нарушение юридически значимого имущественного интереса [59].

Сама по себе возможность для частного лица поставить в суде вопрос о проверке факта ущемления его прав признается важной с социологической точки зрения, поскольку граждане должны сознавать и ожидать от государства социально ответственного отношения (поведения) [60].

По мнению Б. Бэбкок и других американских процессуалистов, социально-правовой основной надлежащего процесса является модель «выражения значимости ценностей» [61], предполагающая наличие форума или места для реализации права граждан выговориться для снятия социальной напряженности в обществе.

Минимальным процессуальным стандартом, которому должен соответствовать любой затрагивающий имущественные права судебный процесс, является закрепленное судебной практикой и поддерживаемое доктриной безусловное право стороны быть выслушанной и соответственно извещенной о процессе [62].

Возможность участвовать в судебном разбирательстве

предопределяет принятие сторонами результатов судебного спора.

Достижение юридически верного (правильного) результата не только рассматривается в качестве мерила процессуальной честности, но и предопределяет реализацию важного постулата процессуального правосудия – положения о процессуальной точности [63]. Данное положение предполагает, что целью разрешения гражданско-правового спора является правильное (точное) применение норм права к юридически значимым обстоятельствам дела (фактам) [64].

Как установил Верховный Суд США в прецедентном решении по делу Mathews v. Eldridge, надлежащий процесс, не в пример другим правовым нормам, не является технической концепцией с заранее установленным содержанием, не привязанной к обстоятельствам, места и времени. Надлежащий процесс гибок и требует такой процессуальной защиты, каковая может быть необходима в конкретной ситуации [65].

По данному делу Верховным Судом США также установлено, что сам по себе термин «надлежащая правовая процедура» ставит перед судами серьезную задачу не просто дать толкование соответствующих формулировок, как это имеет место, когда речь идет о договоре или законе, а проверить конкретную правовую ситуацию на предмет наличия признаваемых Конституцией ценностей [66]. По этой причине судебная практика устанавливает, что действия или реше-

ния правительственных органов должны быть протестированы на соответствие стандартам надлежащего процесса.

Однако отмеченная выше процессуальная составляющая надлежащего процесса не ограничивается рамками публично-правовых споров. Ее действие было распространено Верховным Судом США на рассмотрение споров частноправовых, тем самым, по мнению С. Сабрина, «превратив надлежащий процесс в состязательное судопроизводство» [67].

В решениях Верховного Суда США признается, что отправление правосудия по гражданским делам является неотъемлемой составляющей предусмотренного Первой поправкой к Конституции США права обращаться в суд за защитой нарушенных интересов. При этом Верховным Судом США отмечается, что данное право не ограничивается политическими вопросами или спорами с правительственными властями, но охватывает любую сферу общественных интересов и любой спор, включая даже спор из деликтов в отношениях между частными лицами. [68]

Поэтому обусловленное доктриной надлежащего процесса право частного лица быть уведомленным о процессе и праве быть выслушанным как гарантии от произвольного ограничения имущественных прав формирует самостоятельный элемент состязательной системы гражданского судопроизводства США – право явиться и быть выслушанным беспристрастным судом.

С данным элементом органически связано право участ-

вующих в деле лиц на ознакомление с позиций суда, изложенной в итоговом судебном акте по делу. Мотивировка судебных решений является гарантией спорящим сторонам быть выслушанными в гражданском судопроизводстве США и представляет собой завершающий элемент состязательной системы американского судопроизводства по гражданским делам.

Два последних элемента наряду с отмеченными М. Фридманом завершают построение состязательной системы гражданского судопроизводства США.

Нарушение или ограничение любого из прав или элементов состязательной системы неизбежно наносит ущерб процессу, делая его ненадлежащим, т. е. обусловливая нелегитимность процессуального результата по делу – итогового судебного акта.

Анализ взаимосвязи положений, раскрывающих состязательную систему гражданского судопроизводства США в их системном толковании, даваемом Верховным Судом США и апелляционными судами, показывает: все элементы состязательной системы представляют собой фундаментальные положения гражданского процесса.

Таким образом, в отсутствие в процессуальном законодательстве и доктрине единой нормы, закрепляющей состязательное начало гражданского процесса США, именно эти элементы раскрывают существо и определяют характер процессуальной состязательности.

Названные элементы по-разному проявляют себя на различных стадиях гражданского процесса США – в ходе досудебной подготовки, в судебном разбирательстве и при апелляционном пересмотре. Некоторые из элементов (наличие суда с участием присяжных, право представить доказательство) не могут быть реализованы в апелляционном производстве с учетом характера данной стадии процесса, некоторые действуют в совокупности с присущими только досудебной подготовке процедурами обмена состязательными документами и раскрытием доказательств, которые также можно признать в качестве элементов состязательности.

Подтверждением существования представленной системы гражданского процесса США как совокупности составляющих ее элементов является критика ключевых элементов системы.

В основном критика сводится к выявлению негативных последствий чрезмерной активности (функции контроля) сторон, особенно их адвокатов, и пассивности суда – важнейших элементов состязательной системы. Предметом критики являются обязанности и этические правила поведения адвокатов в состязательном процессе, которые, по мнению ряда ученых и практиков, способствуют искривлению правосудия.

Так, еще в 1970-х гг. высказывалось мнение, что правила поведения адвокатов (этический кодекс) ориентируют адвокатов на ревностное представление интересов клиентов в

ущерб установлению истины по делу, за что председатель Верховного Суда США У. Бургер назвал адвокатов «наемными ружьями» [69]. Такое отношение проявляется в возможностях адвокатов по «манипулированию процессом и материальным правом в интересах своих клиентов» [70].

По мнению Т. Шаффера, адвокаты «выполняют функцию, нужную лишь для их клиентов, не заботясь об общественном благе, т. е. работая не для правовой системы и общества в целом» [71].

С. Сабрин считает состязательную систему «потенциально несправедливой, поскольку, будучи зависимым от адвокатов сторон, состязательный процесс приносит большие результаты тому из спорящих, кто может позволить себе оплату более опытных юристов и обеспечить перевес в процедуре досудебного раскрытия доказательств» [72].

Наиболее острой является многолетняя полемика о роли адвоката в состязательной системе между М. Фридманом и М. Френкелем. Последний является наиболее последовательным критиком состязательной системы [73].

В частности, М. Френкель, понимая революционность своих взглядов, предлагал ввести существенные ограничения в отношении конфиденциального характера отношений адвоката с клиентом, подчинить или поставить адвокатскую этику на службу в первую очередь суду и обществу, а не клиенту [74].

Также объектом критики является во многом противоречивое положение суда в процессе на современном этапе. С одной стороны, суд должен занимать относительно пассивное положение в процессе, чтобы дать возможность сторонам представить свои позиции и не вызвать сомнений в пристрастном к ним отношении. С другой стороны, изменения ФПГП и методические руководства Федерального судебного центра [75] ориентируют судей на активный подход к рассмотрению дела (участие судей, в том числе по своей инициативе, в примирительных процедурах, конференциях на досудебной стадии процесса, иных мерах по управлению делом) [76].

Таким образом, критика состязательности, во многом оправданная, лишь подтверждает наличие именно этих (критикуемых) неотъемлемых или составляющих состязательность элементов.

Состязательная система гражданского процесса США является синонимом и одновременно центром американской правовой системы, она определяет характер этой системы и представляет собой гораздо больше, чем просто систему рассмотрения споров.

Это связано с выполнением состязательной системой социально-контрольной функции или своего рода функции коррекционной, модифицирующей [77].

В США судами разрешаются дела и вопросы, которые

в других юрисдикциях рассматриваются за пределами суда как носящие «политическую» или административную окраску [78].

Дела о возмещении расходов на покрытие медицинской помощи (в отличие от других стран, наличие развитой системы личного страхования и возможности покрытия страховых рисков не преграждает путь к судебной защите права в случаях причинения вреда здоровью, когда суд с участием жюри может принять решение о более высоком пороге взыскания расходов, нежели покрываемых страховкой [79]), дела о расовой десегрегации, запрете абортов, защите прав обвиняемых по уголовным делам, вопросы свободы слова, взаимоотношения между религиозными учреждениями и правительством, вопросы оспаривания действий или бездействия государственных или административных органов (в отличие от стран континентальной системы права, например Германии и Франции, в США нет системы административных судов) – вот лишь неполный перечень проблем, которые в других странах разрешаются органами законодательной или исполнительной власти.

В США указанные и любые иные дела являются предметом «обычного» спора, участие в котором считается доступным любому лицу, и, как считает Виктор Майер, «…право граждан перенести возникший спор для рассмотрения в суде является кардинальной особенностью современного госу-

дарства, основанного на верховенстве закона» [80].

Такая черта гражданского процесса США обусловлена своеобразием политической и экономической системы государства, во-первых, системой разделения властей, а также полномочий между органами исполнительной власти федерации и отдельных штатов; во-вторых, меньшей активностью органов государственного управления в жизни и регулирования бизнеса, чем это имеет место в странах Европы; в-третьих, существованием института присяжных по гражданским делам как своего рода альтернативного механизма демократичного урегулирования экономико-социальных конфликтов в сфере защиты прав граждан (потребителей) на основе рассмотрения дел и принятия конкретных решений о защите прав.

Таким образом, рассмотренная функция состязательной системы гражданского процесса США представляет ее важнейшую особенность.

Эта особенность, в свою очередь, породила еще одну значимую особенность, придавшую американской состязательной системе яркое своеобразие и неповторимость – «американский легализм» и сопутствующую ему «правовую исключительность».

Термин «американский легализм», который был принят американской правовой доктриной и существование которого в настоящее время не оспаривается, хотя и критически оценивается [81], был впервые использован и раскрыт Робер-

том А. Каганом в работе «Американский легализм. Американский путь в праве» [82].

По мнению Р. Кагана, американский легализм представляет собой метод проведения, осуществления, реализации политики и разрешения споров (разрешения конкретных дел) посредством формальных юридических процедур, таким образом, разрешения насущных жизненно важных вопросов экономического и социального характера [83].

Организационно американский легализм ассоциируется и связан с деятельностью юрисдикционных органов (основной функций которых является разрешение споров) с «фрагментарными полномочиями и относительно слабым иерархическим контролем».

Приведенная характеристика американского легализма обусловливает два вытекающих из нее следствия: дороговизну контролируемых адвокатами сложных процедур и правовую неопределенность, вызванную сложностью и обилием правовых норм, многовариантностью и непредсказуемостью решений или актов их применения (решений юрисдикционных органов).

Корни американского легализма уходят в американскую политическую историю колониальных войн и Американской революции и заложены в предреволюционной отдаленности британской колониальной администрации и сопутствующего ей недоверия всем формам центральной власти, что позволило создать благоприятную почву для усиления роли юри-

стов, правотворчества местных судей и использования присяжных при рассмотрении дел в судах, приведшего к развитию права прецедента и отвечающего требованиям нарождающейся национальной экономики [84].

Недоверие к центральной власти обусловило появление в США «сильного общества и слабого государства», легко поддающегося организованному «натиску отдельных групп по интересам и не способного собирать адекватные размеру валового национального продукта налоги» [85].

Недоверие к центральной власти и акцент на индивидуализме обусловили также формирование политико-правовой культуры, характеризующей США как самое антистатическое, легалистское и правоориентированное общество [86]. Такое общество ориентировано на всеобъемлющую государственную защиту и поддержку лицам, понесшим существенный ущерб, пострадавшим от несправедливости, борющимся за снижение экологических рисков и одновременно на создание государственных структур, полномочия которых в достаточной для указанной защиты степени ограниченны и фрагментарны.

Именно поэтому американский легализм стал причиной появления в США самой «политически и социально ответственной» судебной системе в мире.

Неудивительно, что американские судьи менее подвержены или стеснены судебным формализмом, они более «по-

литико-ориентированы», более внимательны к каждой конкретной, неповторимой фактической ситуации, внимательны в контексте оценки ситуации с позиций справедливости/несправедливости.

Все это обусловливает правовую исключительность, или исключительность «правового стиля» гражданского процесса США, характеризующегося наличием сложных групп правовых норм, например норм о групповых (коллективных исках), более формальными, состязательными процедурами и правилами разрешения спора, более дорогостоящими формами правовых споров, существенными правовыми (процессуальными) санкциями, носящими карательный характер, более частым вовлечением суда в рассмотрение административных споров и интервенцией в административные процедуры, наличием политической составляющей как основания принятия правовых ном, значительной правовой неопределенностью и нестабильностью [87].

Рассматриваемые далее в монографии положения о полном контроле сторон за ходом процесса и об оборотной стороне такого контроля – существенно большем нейтралитете американских судей (в сравнении с судьями из стран с континентальной системой), однако при наличии возможности судейской интервенции в контроль сторон при активном управлении движением дела на досудебной стадии, осуществлении своего рода руководства процессом [88] (в последнее десятилетие в гражданском процессе США при-

жился и получил широкое признание термин managerial judges [89]), принятии судом отдельных процессуальных решений (как по процессуальным вопросам, например о наличии или об отсутствии подсудности, так и по вопросам, касающимся существа спора) по своей инициативе, оказании содействия сторонам в реализации имеющихся прав, истребовании и исследовании доказательств, установлении фактических обстоятельств дела посредством разрешения заявлений и ходатайств, предупреждении сторон о негативных последствиях совершения или несовершения ими процессуальных действий приводимые данные судебной статистики о разрешении подавляющего количества гражданских дел на досудебной стадии процесса, соответственно характеризующейся крайней временной протяженностью (длительностью) (в отличие от нее отличается высокой концентрированностью стадия судебного разбирательства: это особенность института процессуального соучастия – группового (коллективного) иска и норм о процессуальных санкциях, носящих карательный, но не компенсационный характер, – раскрывают своеобразие современной американской процессуальной системы рассмотрения споров, базирующейся на модели естественного происхождения частных прав.

ГЛАВА II
ЭЛЕМЕНТЫ СОСТЯЗАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ И ПРИНЦИПЫ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА США

§ 1. Элементы состязательной системы гражданского судопроизводства США

1. Частная автономия сторон – фундаментальный элемент состязательной системы. Частная автономия сторон и правосубъектность. Контроль сторон за ходом процесса как основная движущая сила состязательного судопроизводства. Положительные и отрицательные черты контроля сторон. Частная автономия сторон и распоряжение материально-правовым интересом. Исключения из положения о контроле сторон за ходом процесса (фактор судейской инициативы, объективно ограничивающая контроль сторон, решения sua sponte; фактор судейской инициативы

при рассмотрении дел с участием сторон без квалифицированного судебного представительства; фактор императивной обязанности сторон поступить вопреки своей воле под угрозой риска негативных последствий неисполнения такой обязанности (на примере принудительного встречного иска)). Использование конструкции принудительного встречного иска в гражданском и арбитражном процессе России как действенного механизма борьбы с процессуальными злоупотреблениями со стороны недобросовестных ответчиков. Проблемные вопросы.

Одним из неотъемлемых и важных структурных элементов состязательной системы гражданского процесса США является частная автономия сторон, или автономия частных прав сторон.

Положение о частной автономии является составляющей концепции индивидуализированного (или персонифицированного) правосудия, концепции, учитывающей конкретные обстоятельства, в которых находится индивидуум.

Идея частной автономии предполагает, что каждый должен иметь возможность быть максимально вовлеченным (до степени контроля) в решения, которые так или иначе затрагивают его жизнь и/или фундаментальные права, охраняемые Конституцией [90].

Гражданскому процессу США известна предусмотренная Правилом 17 (b) ФПГП категория «способности предъявить

иск и отвечать по иску», аналогичная право- и дееспособности в российском арбитражном и гражданском процессе. Применительно к гражданам и юридическим лицам (корпорациям и товариществам) эта способность определяется законами штатов, где находится место жительства гражданина или регистрации юридического лица.

Способность выступать истцом и ответчиком в суде фактически означает предоставление сторонам спора соответствующих их процессуальному положению прав.

В частности, стороны свободны в решении вопроса о возбуждении процесса от имени действительно заинтересованного лица (Правила 4, 17 ФПГП), (определении) лица, являющегося ответчиком по делу (Правила 2, 4 ФПГП), представлении возражений по доводам другой стороны (Правила 7, 8 ФПГП), использовании доказательств и поступательном развитии процесса, в том числе изменении предмета и основании иска (Правило 15 ФПГП), в предъявлении допустимого встречного иска (Правило 13 ФПГП), в отказе от иска (Правило 41 ФПГП), в решении вопроса об обжаловании итогового решения по делу и промежуточных процессуальных решений суда (Правило 54 (а) ФПГП, Правило 3 (а) ФПАП, т. е. в распоряжении по своему усмотрению процессуальными правами.

Высшей степенью проявления автономии сторон в процессе рассмотрения спора является их контроль за ходом процесса, обусловливающий процессуальную состязатель-

ность сторон.

Контроль сторон означает предоставление сторонам как наиболее заинтересованным в разрешении спора лицам возможности по выявлению и предоставлению суду наиболее выгодной для них информации и аргументов.

По мнению Вон Мехрена, от усмотрения сторон всецело зависят подготовка и движение дела по стадиям процесса [91]. Как утверждает С. Ландсман, наиболее важная функция контроля сторон все же состоит в том, что такой контроль способствует развитию правовой (процессуальной) культуры в том смысле, что, если сторона была вовлечена в процесс и ей действительно предоставлялась возможность участвовать в деле, сторона будет считать себя связанной решением, которое выносится по результатам рассмотрения дела, вне зависимости от того, благоприятно оно или нет [92].

Аналогичного мнения придерживается Э. Сворд, которая считает, что контроль сторон за развитием дела и представлением своих аргументов явным образом знаменует собой возможность сторонам иметь «право голоса в ходе судопроизводства» [93]. Схожая позиция высказывалась и Л. Волкером, который давал оценку состязательной системы рассмотрения споров с позиций справедливости судебного процесса. По его мнению, «ощущение справедливости состязательной процедуры передается участникам спора и таким образом создает у них благоприятную реакцию на результат спо-

ра, каким бы он ни был, поскольку стороны прямо участвовали в формировании судейского убеждения» [94].

Важность этой функции контроля сторон за ходом процесса отмечалась также Д. Кристи, который полагал, что «основной социальной задачей судебного процесса является разрешение спора таким образом, чтобы дать возможность проигравшей стороне, равно как и победившей, почувствовать к себе со стороны суда справедливое отношение» [95].

Уильям Бернам также отмечал: «Плюсами контроля сторон за ходом процесса являются следующее… Когда стороны прямо и полномасштабно вовлечены в процесс рассмотрения их дела, они в большей степени ощущают, что их точка зрения была услышана и понята (судом) так, как того сторона ожидает, даже если впоследствии ее позиция не будет принята» [96].

По его мнению, в этом случае контроль сторон выполняет две функции.

Во-первых, он способствует легитимации (законной силе) судебных решений, которая всецело зависит от добровольного принятия обществом судебных актов и только во вторую очередь – от государственного принуждения.

Во-вторых, система, которая предоставляет частным лицам прямое участие и контроль над спором, затрагивающим жизненные ценности, утверждает их человеческое достоинство. Даже если сторона и проиграет процесс, активное уча-

стие стороны в процессе «выражает элементарную идею, о том, что человек, но не вещь, по крайней мере должен быть испрошен о том, что может касаться его» [97].

Вместе с тем высокая степень контроля сторон за ходом процесса («за представлением своей позиции») возможна только при наличии третьего лица, имеющего исключительное право на разрешение спора по существу.

В суде от сторон требуется не только описать их спор между собой с применением юридической терминологии, т. е. не обывательским языком, но и грамотно организовать его. Обязанностью сторон, а не суда является доведение доказательственного материала до суда. Если становится очевидным, что в основе спора нечто иное, чем предмет рассмотрения в суде, суд не вправе расширить параметры спора новым основанием [98].

Частная автономия сторон проявляется не только в распоряжении сторонами имеющимися процессуальными правами, но и в распоряжении материально-правовым интересом.

Одним из фундаментальных прав ответчика является возможность оспорить иск либо согласиться с требованиями по существу дела или вообще не проявлять процессуальную активность, что может обусловить принятие судом заочного решения по делу.

Необходимо обратить внимание на то, что контроль сторон гарантирует проявление уважения со стороны суда непосредственно к мнению именно сторон и опосредованно к

их представителям – адвокатам. Оценивая значение квалифицированной помощи адвоката для функционирования состязательной системы, Д. Хазард рассматривает адвоката в качестве своего рода тренера, обучающего своего клиента, нежели чем главное действующее лицо, которым всегда является сам клиент [99].

Таким образом, частная автономия сторон является неотъемлемым элементом состязательной системы, ориентирующим суд на учет конкретных обстоятельств каждого дела.

Вместе с тем частная автономия сторон в гражданском процесса США не является абсолютной: ФПГП содержат ряд исключений или изъятий из полного контроля сторон за ходом процесса.

Эти исключения связаны с двумя факторами: фактором судейской инициативы, объективно ограничивающей контроль сторон, фактором императивной обязанности сторон поступить вопреки своей воле, в противном случае неся риск негативных последствий неисполнения такой обязанности.

Правовой основой для проявления судом инициативы, а также обязанности сторон в определенных случаях поступить вопреки своей воле установлены ФПГП и судебной практикой.

Примерами проявления инициативы судом на досудебной стадии процесса являются следующие положения ФПГП.

Правило 7 (а) ФПГП, определяя виды, а по существу ис-

ключительный перечень состязательных бумаг, направляемых сторонами или третьими лицами друг другу инициативно, устанавливает, что суд вправе по своему усмотрению обязать (истца) представить дополнительный документ – возражение на отзыв ответчика или третьего лица.

Правило 5 (c) (1) ФПГП, определяя условия направления состязательных документов сторонам, устанавливает по делам с множественностью лиц на стороне ответчика право суда по своей инициативе принять решение о ненаправлении состязательных бумаг и ответов на них другим ответчикам.

Правило 12 (f) ФПГП, определяя процедуру исключения из имеющихся в деле состязательных документов любых не относящихся к сути спора или несущественных, не имеющих юридического значения позиций, устанавливает, что инициатором постановки вопроса об этом могут быть не только стороны, но и суд «по собственной инициативе».

Правило 12 (h) (3) ФПГП предусматривает право суда самостоятельно, т. е. даже без ходатайств сторон, решить вопрос о наличии или отсутствии предметной юрисдикции по делу, в последнем случае исковые требования остаются без удовлетворения.

Правило 11 (c) (3) ФПГП допускает право суда по собственной инициативе, т. е. без обращения заинтересованной стороны, обязать другую сторону, ее адвоката представить аргументы в обоснование того, что поведение или действия сторон или ее адвоката не нарушают требования Правила 11

(в) ФПГП, т. е. не направлены на злоупотребление процессуальными правами. При этом суд также по своей инициативе вправе принять решение о наложении финансовых санкций на сторону или ее адвоката.

Правило 19 ФПГП допускает по инициативе суда в целях справедливого разрешения спора привлечение к процессу соответчиков или соистцов, чтобы объединить в процессе всех лиц, имеющих интерес в итоговом решении по делу [100]. В случае когда суд приходит к выводу о невозможности привлечь к участию в деле лиц, участие которых является обязательным (indispensible), суд прекращает производство по делу. В силу Правила 21 ФПГП суд по своей инициативе вправе привлечь к участию в деле или исключить из процесса сторону; суд также вправе самостоятельно разъединить требования, заявленные к стороне.

В рамках процедуры досудебного раскрытия доказательств суд по своей инициативе вправе ограничить объем раскрытия доказательств (Правило 26 (в) (2) (с) ФПГП).

В ходе судебного разбирательства суд по своей инициативе может вызвать для допроса свидетеля; суд вправе наряду со сторонами непосредственно допросить вызванного свидетеля (Правило 614 (а) – (с) ФПД).

В соответствии с Правилом 38 ФПГП при наличии на то оснований суд вправе по своему усмотрению принять решение о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей.

Согласно Правилу 59 (а) (2), (d) ФПГП суд вправе по сво-

ей инициативе, равно как и при наличии на то ходатайства стороны, в течение 10 дней с даты принятия решения по делу принять приказ о проведении нового судебного разбирательства по данному делу по любой заслуживающей внимание причине. В таком случае решение как бы «открывается», исследуются новые доказательства, уточняются фактическая и правовая составляющие дела и принимается новое решение.

В силу Правила 60 (а) ФПГП суд вправе по своей инициативе, без обращения сторон вносить исправления, устранять ошибки в решении по делу, промежуточном приказе или протоколе.

В соответствии с Правилом 81 (с) (3) ФПГП суд вправе без явно выраженного требования стороны принять решение о проведении слушания дела с участием присяжных заседателей, если закон штата прямо не требует от стороны прямого волеизъявления по этому вопросу.

Особый интерес представляет собой исследование процессуального права суда вмешаться в процесс определения истцом предмета спора.

По общему правилу суды обсуждают лишь вопросы, которые выносят на его рассмотрение стороны. Этот вывод можно сделать из анализа связанных между собой положений ФПГП. Так, Правилом 7 (а) ФПГП установлены виды состязательных бумаг, основные из которых – исковое заявление, отзыв на него и ответ на отзыв. В силу Правила 8 (а),

(b) ФПГП содержание искового заявления и отзыва на него должно состоять в том числе из простого и краткого заявления истца о его требовании с аргументацией права истца на удовлетворение иска, а также простого и краткого отзыва ответчика признающего или опровергающего требования истца. Согласно Правилу 15 ФПГП, неоднократно использующему термин «вопросы, поднятые (охватываемые) состязательными документами» [101], только стороны могут быть инициаторами внесения изменений и дополнений в состязательные документы; суд в определенных случаях лишь вправе отказать в удовлетворении ходатайства стороны во внесении таких изменений и дополнений. Таким образом, ФПГП не предоставляют суду права вмешиваться в процесс определения, формулирования сторонами (истцом) требований по делу.

Тем не менее на практике встречаются случаи, когда при рассмотрении дел суды разрешают вопросы, которые стороны не поднимали и соответственно не обосновывали, в том числе это касается и определения границ спора.

Подобные решения называются решения sua sponte, т. е. решения, принимаемые судом «по своей инициативе, добровольно…» [102], – при отсутствии ходатайств или письменных позиций сторон.

И хотя большинство американских юристов даже не задумываются над возможностью для суда обсуждать и решать вопросы, которые сторонами не дебатируются и соот-

ветственно не аргументируются [103], такие случаи на практике имеют место.

Примерами решений sua sponte являются решения суда по так называемым юрисдикционным вопросам относительно наличия права на иск (в процессуальном смысле), как указывалось выше, предметной подсудности и практической целесообразности в рассмотрении спора.

Федеральная судебная практика неоднозначно относится к решениям sua sponte [104]. Так, по мнению Э. Миллера, «необычным является для судов принимать решения по своей инициативе. Еще необычней, когда вопросы не касаются права на иск и предметной подсудности» [105].

По мнению Т. Марвелла, нежелание многих судей разрешать по своей инициативе вопросы, которые не поднимались сторонами, объясняется «желанием сохранить состязательную систему» [106]. Опасность ученый здесь видит в том, что проигравшая сторона не имеет возможности своевременно представить свои соображения по делу, в том числе высказать аргументы против доводов, которыми руководствовался суд при принятии решения против проигравшей стороны.

В то же время, согласно Т. Марвеллу, вследствие конституционных ограничений, касающихся судебной юрисдикции, федеральные суды обязаны самостоятельно оценивать наличие предметной юрисдикции в деле. При этом ученый ссылается на положение Правила 12 (h) (3) ФПГП, преду-

сматривающего право суда, в том числе и по своей инициативе, решить вопрос о прекращении процесса (отклонения иска) из-за отсутствия предметной подсудности.

Данная позиция поддерживается судебной практикой [107].

Более того, в практике встречаются отдельные примеры проявления судом инициативы и по вопросам, касающимся существа спора. Так, по делу Gonzalez-Gonzalez v. United States, 257 F.3d 31, 36–37 (1st Cir.2001) апелляционным судом было указано, что «если абсолютно ясно, что истец не имеет перспективу удовлетворения иска и что изменение иска ни к чему не приведет, суд вправе прекратить процесс (отклонить иск)» [108].

Однако такие примеры крайне редки и критикуются не только доктриной, но и практикующими юристами, а также вышестоящими судами.

Так, по мнению Л. Фуллера, «если основания для принятия решения вообще никак не связаны с представленной аргументацией, то все, что обсуждалось или доказывалось в ходе процесса, становится бессмысленным… процесс рассмотрения спора превращается в фарс, поскольку участие в процессе сторон лишается всякого значения» [109].

По мнению Т. Марвелла, основанному на проведенном опросе адвокатов, практика sua sponte критикуется даже адвокатами сторон, в чью пользу выносились такие решения,

поскольку «они считают, что дела должны разрешаться по вопросам, которые были предметом спора. Возможно, они считают, что такие решения не отражают в достаточной степени их квалификацию» [110].

В деле Arizona v. California, 530 U.S. 392, 412–13 (2000) Верховный Суд США установил, что «…там, где ресурсы суда не были направлены на разрешение спора, суды первой инстанции должны с осторожностью относиться к возможности sua sponte, уничтожающей принцип представления сторонами своих позиций (дел), так значимый для нашей системы судопроизводства» [111].

В деле United States v. Burke, 504 U.S. 229, 246 (1992) Верховный Суд США установил, что «правило о том, что вопросы, не поднятые (сторонами) не будут обсуждаться, более чем просто разумное правило, его соблюдение в подавляющем числе дел отличает нашу состязательную систему правосудия от следственной модели» [112].

Представляется, что решения sua sponte оказывают негативное влияние на развитие гражданского процесса США и частную инициативу сторон, дела которых фактически разрешаются без их участия.

Подобные решения противоречат фундаментальным положениям надлежащего процесса об извещении сторон, предоставлении им права быть выслушанными, несовместимы с состязательной системой гражданского судопроиз-

водства, основанной на состязательном противоборстве или противостоянии процессуальных противников, представляющих свои позиции и аргументы суду для принятия решения, а также нейтралитетом суда, который может быть поставлен под сомнение решением sua sponte.

Однако поскольку подобные решения выносятся не только судами первой инстанции, но и апелляционными судами, доктриной предлагаются меры, направленные на уменьшение процессуального ущерба от их принятия. В частности, А. Милани и М. Смитом предлагается предоставить проигравшей стороне право обратиться к суду или апелляционному суду с ходатайством о пересмотре состоявшегося решения, а при отказе в удовлетворении такого ходатайства признавать за таким судебным актом суда апелляционной инстанции прецедентную силу в меньшей степени, нежели за решениями, принимаемыми с соблюдением процесса в полном объеме [113].

Еще одним показательным примером активности суда являются инициативы суда при рассмотрении дел с участием сторон без квалифицированного судебного представительства (pro se litigants).

Такие инициативы, как и решения sua sponte, в своей основе имеют процессуальный источник – судебную практику, а также доктрину.

В частности, Й. Голдшмидт, отмечая тенденцию «возвращения в суды тяжущихся (без помощи адвокатов) сто-

рон» [114], раскрывает причины появления такой тенденции.

Ученый объясняет это повышением уровня грамотности граждан, ростом чувства собственного достоинства, значительными судебными расходами, мотивирующими частных лиц не обращаться за дорогостоящей юридической помощью к адвокатам, развитием системы повышения доступности правосудия. В частности, многие федеральные суды США предлагают программы помощи лицам, представляющим свои интересы на процессе самостоятельно, для чего в Интернете публикуют информационные сборники с пошаговыми инструкциями, как вести себя на процессе, на какие процессуальные аспекты обращать особое внимание. Важно отметить, что сборники предупреждают спорящих о рисках, связанных с самостоятельным ведением дела (например, угрозы санкций со стороны суда за предъявление заведомо необоснованных исков, за злоупотребление своими процессуальными правами и проч.) [115].

Участие в процессе лиц, самостоятельно представляющих свои интересы, ставит ряд вопросов, имеющих существенное значение для функционирования состязательной системы гражданского судопроизводства.

Это вопросы обеспечения процессуального равноправия таких лиц с процессуальными противниками, интересы которых представляют адвокаты, а также соблюдение судом беспристрастности по делам с участием pro se litigants.

По мнению Р. Маркуса, при рассмотрении дел, где по-

мощь адвоката стороне не востребована, американские суды в некоторых случаях стали «приспосабливать состязательную систему к нуждам тяжущихся без юридической помощи лиц» [116].

Й. Голдшмидт отмечает, что судьи вынуждены быть более активными в таких делах, чтобы гарантировать процессуальное равноправие обеих сторон; такая активность судов связывается этим ученым с разумной помощью лицам без судебного представительства, в частности, в праве судов задавать по своей инициативе истребовать доказательства и задавать вопросы свидетелям.

Действительно, из анализа судебной практики федеральных апелляционных судов можно сделать такой вывод.

Так, Девятый федеральный окружной суд в деле Rand v. Rowland, 154 F3d, 952, 958 (9th Cir.1998) дал ориентацию районным судам занять более активную позицию по делам, где стороны представляют свои интересы самостоятельно, посредством представления сторонам, оказавшимся перед перспективой вынесения по делу суммарного решения, копии Правила 56 ФПГП, регулирующего этот вопрос [117].

По делу Lukas v. Dept of Corr. 66 F3d, 245, 248 (9th Cir. 1995) этот же суд посчитал необходимым для районного суда уведомлять представляющую свои интересы сторону о последствиях замены ходатайства о прекращении производства по делу ходатайство о принятии суммарного реше-

ния [118].

При завершении производства по делу ввиду допущенных представляющим свои интересы истцом ошибок или процессуальных нарушений Девятый окружной суд обратил внимание на право суда уведомить истца о допущенных нарушениях таким образом, чтобы тот мог внести необходимые изменения и повторно направить иск в суд [119]; при решении вопроса о выборе подсудности между федеральным судом и судьей-магистратом судья должен разъяснить тяжущемуся последствия такого выбора (объяснить разницу) [120], при объяснении последствий отказа раскрыть свидетеля в рамках обязанности сделать это в установленный срок в рамках процедуры досудебного раскрытия доказательств [121].

По мнению Й. Голдшмидта, такая активность судов встречает понятное противодействие адвокатского корпуса, а также самих судей, поскольку вынужденность оказания помощи pro se litigants не только ставит под сомнение беспристрастность судей, но и дезавуирует идею процессуальной состязательности.

Исследованные ученым примеры активности судов позволили ему сделать вывод, с которым можно согласиться в том, что теория состязательной системы, основанная на постулате об относительно равных процессуальных противниках, по своей сути не предполагает учет судом интересов лиц, защищающих свои права самостоятельно. Сохранение судом бес-

пристрастности фактически предопределяет негативный исход дела для лиц, не имеющих судебного представителя, в противном случае состязательная система подвергается риску девальвации признанных ценностей.

В качестве выхода Й. Голдшмидт предлагает проведение судом обучения персонала суда в доведении таким персоналом до обращающихся в суд лиц общеправовой информации о существе процесса, а также перенесение с судей на персонал судов бремени совершения отдельных процессуальных действий, в частности проведение персоналом суда досудебных совещаний и подготовку спорящих к судебному разбирательству.

Фактор императивной обязанности сторон поступить вопреки своей воле под угрозой негативных последствий неисполнения такой обязанности связывается с наиболее ярким примером ограничения частной автономии сторон. Правилом 13 ФПГП предусмотрена конструкция принудительного встречного иска в гражданском процессе США (compulsory counterclaim), поскольку непредъявление такового встречного иска для его совместного рассмотрения с иском первоначальным обусловливает последующую невозможность заявления такого (встречного) иска в качестве самостоятельного в отдельном процессе.

Установленная Правилом 13 (а) ФПГП обязанность ответчика по предъявлению встречного иска, т. е. понуждение или принуждение стороны к защите своих прав посредством

такого (принудительного) иска при наличии на то обстоятельств, имеет определенную историю, уходящую ко времени одного из первых прецедентных решений по этому вопросу, принятому полтора века назад по делу Gates v. Preston (41 N.Y. 113 (1869)).

Принимая решение по этому делу, разрешивший спор мировой судья удовлетворил требования врача о взыскании с пациента 6,58 доллара США за оказанные услуги, невзирая на имевшееся в производстве другого суда дело по иску пациента к врачу о взыскании ущерба за оказание некачественных услуг. Оставляя без изменения данное решение, апелляционный суд (Высокий Суд Нью-Йорка) постановил, что «…там, где возражения ответчика представляют собой явно выраженное и прямое признание им права истца на взыскание и позиция ответчика состоит лишь в допущении принятия решения о взыскании определенной суммы в пользу истца, это, по существу, признание под протокол заседания всех фактов, составляющих основание иска, которые подлежали бы доказыванию истцом, при отрицании этих фактов ответчиком» [122].

Согласно Правилу 13 (а) Федеральных правил гражданского процесса (ФПГП) [123] «в качестве встречного искового требования состязательная бумага должна содержать любое требование, которое к моменту его заявления ответчик по первоначальному иску имеет к истцу, если такое требование вытекает из сделки или события, являющегося осно-

ванием требования по первоначальному иску, и рассмотрение этого требования не обусловливает вовлечение в процесс третьих лиц…» [124].

Как установлено Верховным Судом США в деле Moore v. New York Cotton Exch., 270 U.S. 593, 610 (1926) [125], термин «сделка или событие» может толковаться расширительно, т. е. точного и исчерпывающего определения данного термина ни ФПГП, ни доктрина, ни судебная практика не содержат, более того, доктрина ориентируется на отсутствие целесообразности в четком определении термина [126] и раскрывает его содержание через другой термин – «основание иска» как «совокупности или группы имеющих юридическое значение фактов, дающих базу для инициирования дела в суде», или «материальных фактов, входящих в такую группу фактов, указанных в исковом требовании» [127].

Соответственно основание требования, содержащееся во встречном иске, должно вытекать из «материальных фактов в том смысле, что часть или все эти факты, как они указаны в первоначальном иске, совпадают или составляют часть юридически значимых фактов, указанных во встречном иске» [128].

Аналогичный подход к определению термина «сделка или событие» через фактическую составляющую первоначального и встречного иска воспринят судебной практикой, использующей термины «совокупность юридически значимых

фактов» или «центральная составляющая факта», «существенные факты» [129].

Наглядным и наиболее распространенным примером встречного принудительного требования является требование, вытекающее из той же сделки. Например, из неисполнения сделки по предоставлению займа (кредита) могут вытекать носящие первоначальное требование заемщика, основанное на положениях федерального статута (Truth-in-Lending Act) о нарушении обязанности раскрытия условий кредитования (таким образом, чтобы заемщик имел возможность сравнения условий с другими кредитными учреждениями и не использовал заем или кредит, будучи не осведомленным относительно существенных условий), и встречное требование заимодавца о взыскании денежных средств и процентов за пользование займом. Такое требование носит встречный характер, хотя по своей сути не является однородным первоначальному [130].

Более того, судебная практика допускает в качестве единого (того же) фактического основания первоначального и встречного исков несколько подписанных сторонами сделок [131].

Примерами требований, вытекающих из тех же событий или той же группы событий, являются требования, вытекающие из юридических фактов причинения вреда имуществу, личности, достоинству лица (так, в качестве защиты от пер-

воначального иска о превышении должностным лицом своего положения в ущерб конституционным правам истца иск должностного лица о клевете вследствие распространения истцом об ответчике заведомо ложных сведений будет являться встречным и носящим принудительный характер, поскольку вытекает из идентичной фактической базы: имевшего место инцидента между сторонам по делу, однако в зависимости от того, чья событийная версия окажется достоверной, будет всецело зависеть результат по делу) [132], из того факта, что истец и ответчик состояли в трудовых отношениях (первоначальный иск бывшего работодателя о нарушении условий трудового контракта, разглашения и незаконного использования для личных целей конфиденциальной информации в ущерб работодателю против встречного иска работника о распространении порочащей честь и достоинство лица информации) [133], а также из иных случаев.

Из указанного следует, что, для того чтобы предъявление встречного иска стало обязательным либо условие для предъявления наступившим, необходимо установить, что оба иска действительно вытекают из одной и той же сделки или одного и того же события, в противном случае предъявление встречного иска является допустимым и не влечет для ответчика неблагоприятные последствия в случае непредъявления его для совместного рассмотрения с первоначальным [134]. Для установления наличия или отсутствия дей-

ствительной общности или взаимосвязи исков доктрина и судебная практика предложили четыре фактора, наличие которых в совокупности обусловливает принудительность или обязательность встречного иска.

Согласно сложившейся федеральной судебной практике и судебной практике штатов, а также комментариям признанных американским юридическим сообществом ученых-процессуалистов, в частности профессоров Ч. Кларка, Ч. Райта [135], это следующие факторы:

I. Совпадают ли и являются ли общими вопросы фактического и правового обоснования первоначального и встречного исков?

II. Является ли принцип res judicata препятствием для последующего предъявления ответчиком иска?

III. Является ли схожей доказательственная база первоначального и встречного исков?

IV. Существует ли логическая связь между первоначальным и встречным исками?

1. Как указывалось выше, сама по себе конструкция принудительного встречного иска предполагает, что встречное требование вытекает из той же сделки или события, что и первоначальное требование.

Однако одна и та же сделка или событие могут формировать или составлять различные предметы доказывания – совокупность подлежащих установлению различных юридически значимых обстоятельств (для первоначального и встреч-

ного требований), как в примере с требованиями из предоставления займа и из трудовых правоотношений. Таким образом, сам по себе первый фактор не может являться точным критерием решения вопроса о том, действительно ли требования вытекают из одной сделки или события [136].

Доктрина категорически отрицает фактор учета единства правовой составляющей исков как основы указанной конструкции [137], несмотря на наличие имеющихся судебных актов федеральных судов, подтверждающих значимость единства правовой основы исков в конструкции принудительного встречного иска. Так, по делу Burlington N.R.R v. Strong, 907 F2d 707, 711 (7th Cir. 1990) [138] апелляционный суд указал, что «…суд должен принять во внимание существо требований, правовую основу требования, применимый закон и соответствующие фактические обстоятельства».

2. Признаваемый всеми юрисдикциями [139] принцип res judicata (claim preclusion) представляет собой положение, согласно которому «единожды разрешенное дело не может быть пересмотрено» [140].

Суть res judicata ярко раскрыл Ч. Райт, видевший существо этого принципа в реализации им функций правовой определенности решения по делу, его исключительности, поскольку «если спорящие стороны могут просто пересмотреть разрешенный ранее спор, не будет ни конца судебной тяжбе, ни начала судейского авторитета. Окончатель-

ность (судебного конфликта) является не только чертой судопроизводства, но и необходимым условием существования судебной власти. Таким образом, появляется или возникает положение о невозможности или запрете повторного или последующего представления ответчиком новых возражений по вступившему в силу и окончательному судебному акту» [141].

То есть ответчик, не реализовавший в процессе в качестве средства защиты против первоначального иска процессуальную обязанность предъявления встречного иска, в дальнейшем утрачивает право предъявления в качестве самостоятельного иска требования, которое им не было заявлено своевременно при рассмотрении первоначального иска.

Как отмечает К. Клермонт, «как только истец выигрывает дело (или получает решение в свою пользу), ответчик в общем случае не может выступить с новым иском, направленным на подрыв или аннулирование решения путем пересмотра первоначальных требований истца и использованием новых возражений на них (вне зависимости от появления в деле принудительного встречного иска» [142].

В основе такой позиции лежит довод о том, что решение должно быть защищено от «наиболее явных нападок» со стороны бывших ответчиков, приведенный в ряде дел, рассмотренных окружными (апелляционными) судами [143]. При этом необходимо особо отметить, что указанное нега-

тивное для ответчика последствие применяется как к любым его ранее не заявленным возражениям, влияющим на исход дела, так и требованиям, имеющим самостоятельный предмет или основание, т. е. не являющимся тождественными требованиям первоначальным [144].

Поэтому, хотя сам по себе принцип res judicata и не используется для решения вопроса о принудительном характере встречного иска, второй фактор устанавливает, что непредъявление встречного требования впоследствии является препятствием для предъявления самостоятельного иска в будущем, т. е. второй фактор обусловливает негативное для ответчика последствие его процессуальной недобросовестности.

Именно в контексте доктрины res judicata принудительный встречный иск рассматривается в современной процессуальной доктрине и судебной практике. Именно поэтому отказ от реализации данного права «навсегда лишает ответчика права на обращение с самостоятельным иском в другом процессе» [145]. Таким образом, в данной ситуации правовой определенности и стабильности процесса придается большее значение, нежели праву на судебную защиту.

Придерживаясь этого подхода, федеральные окружные апелляционные суды по делам, возникшим из споров о нарушении исключительных прав (по патентным спорам), неоднократно подтверждали легитимность приведенной конструкции. Так, по патентным делам, рассмотренным в феде-

ральных судах, было признано, что если по первоначальному иску пользователя патента о признании факта ненарушения исключительного права, защищенного патентом, не будет предъявлен в качестве встречного иск правообладателя о нарушении этого исключительного права и взыскании убытков, то ответчик по такому непредъявленному иску (правообладатель) в дальнейшем утрачивает право на предъявление его в качестве самостоятельного [146].

3. На первый взгляд, третий фактор может служить критерием того, что первоначальный и встречный иски вытекают из единого или общего фактического материала, однако доктрина и судебная практика опровергают этот тезис многочисленными примерами, которые сводятся к ошибкам судов первой инстанции в определении характера встречного иска, основанными на оценке схожести доказательственной базы исков.

По делу Williams v. Robinson, 1 F.R.D. 211 (D.D.C. 1940) [147] истица (законная супруга) обратилась с иском к ответчику о предоставлении содержания, ответчик предъявил встречный иск о расторжении брака вследствие супружеской измены. В свою очередь, истица предъявила встречный иск о защите чести и достоинства вследствие распространения ответчиком сведений об измене. Признавая такой встречный иск истицы допустимым, но непринудительным, суд первой инстанции исходил из существа третьего фактора, однако, по мнению апелляционного суда, не учел,

что диффамационный иск не мог основываться на каких-либо иных фактических обстоятельствах, нежели связанных с требованием о расторжении брака, основанием которого было утверждение о факте измены.

Таким образом, данный фактор сам по себе не является мерилом принудительного характера встречного иска.

4. В значительной степени данный фактор схож с ранее описанным фактором единства основания требований, вытекающих из одной или связанных между собой сделок или событий, что позволяет рассматриваемый фактор считать достаточно гибким и объединить в одном процессе все логически связанные между собой требования.

Как указано в постановлении одного из федеральных апелляционных судов, «на практике этот критерий (единства фактической основы исков) интерпретировался таким образом, что стороны не должны представлять доказательства абсолютного сходства фактической составляющей обоих исков, достаточным является установление только логической связи» [148].

По делу Lingos Enterprises v. Beacon Ins. Co of Am. (Feb. 13, 1997), Cuyahoga App. No. 70816 L.M. суд со ссылкой на признанную кодификацию и комментарий законов – Restatement of the Law, 2D, Judgments – подчеркнул, что «существующая тенденция предусматривает оценку искового требования с фактической стороны в привязке к той же сделке, безотносительно числа теорий или вариантов пред-

метов исковой защиты, вытекающих из таких теорий…».

Предмет исковой защиты, вытекающий из договора, может быть заявлен или содержаться во встречном иске, предъявленном в качестве защиты от первоначального, вытекающего из деликтных обязательств, и наоборот.

Различие в существе или природе требований не является самым существенным, вопрос о наличии правового или фактического единства будет определяющим для прохождения фактора логической связи требований. Критерием прохождения фактора «логической связи» является положительный ответ на вопрос о том, потребует ли раздельное рассмотрение первоначального и встречного исков дублирования усилий и временных затрат.

При этом если связь между исками удовлетворяет любому из вышеназванных трех остальных факторов, такая связь очевидно удовлетворяет и последнему. «Когда… вопросы факта и права не совпадают, когда принцип res judicata неприменим и, наконец, когда доказательства обоих исков различны, единственное, что может быть использовано, – фактор существования логической связи. Такая связь существует, если встречное требование вытекает из суммы основополагающих фактов, что и первоначальное, т. е. такие факты являются или составляют основу обоих исков (1), факты, составляющие основу первоначального иска, обусловливают “активизацию” или реализацию ответчиком дополнительных прав, которые остались бы нереализованными при

непредъявлении первоначального иска (2)» [149].

Соответственно, данный фактор становится своего рода последней возможностью, с реализацией которой связано предъявление принудительного встречного иска. Однако в каждом конкретном случае суд, в производстве которого находится первоначальный иск, учитывает значимость каждого из четырех факторов для правильного разрешения вопроса о принудительном характере встречного требования ответчика.

Например, по делам, связанным с патентными спорами, все вышеуказанные критерии налицо, поскольку как первоначальный, так и встречный иски касаются одного и того же или одних и тех же патентов, соответственно уже в силу одного этого обстоятельства считаются логически связанными между собой, имеют единый круг доказательств, которыми в равной степени обосновываются требования по обоим искам [150].

В приведенном ранее определении принудительного встречного иска ключевой является обязанность совершения процессуального действия, поскольку норма Правила 13 ФПГП содержит указание на долженствование (обязанность) предъявления встречного требования [151].

Как разъяснил Верховный Суд США по делу S. Constr. Co., Inc v. Pickard, 371 U.S. 57, 60 (1962): «…требование о том, что встречный иск, вытекающий из той же сделки или

события, что иск первоначальный, должен быть предъявлен в том же процессе, направлено на предотвращение множественности процессов и завершения спора в одном деле по всем спорным вопросам. Данное правило в первую очередь направлено против тех, кто проигнорировал предъявление встречного иска в одном процессе и далее инициировал другой процесс, в котором ранее не предъявленный встречный иск будет являться правовой основой» [152]. Американская процессуальная доктрина также считает, что рассмотрение всех спорных вопросов в одном деле способствует уменьшению судебных издержек и обусловливает невозможность в последующем возвращаться к «рассмотрению тех же вопросов вновь и вновь» [153].

При этом рассматриваемое Правило 13 (а) ФПГП само по себе не устанавливает каких-либо последствий нарушения обязанности ответчика по совершению процессуального действия – предъявлению встречного иска. Однако такое последствие вытекает из известной доктрины американского права – «waiver or voluntary, intentional relinquishment of a known right» – добровольного, сознательного отказа от имеющегося права [154] и признается судебной практикой.

В соответствии с этой доктриной легитимным, или действительным, является осознанный отказ лица от того, что причитается ему в силу договора или закона, при осведомленности такого лица об условиях и последствиях отка-

за [155]. При рассмотрении гражданских дел федеральными судами и судами штатов признается возможность отказа от любого предусмотренного статутом права, в том числе от имущественных прав, например права землепользователя, личных неимущественных прав, родительских прав [156].

Право отказа также возникает из договоров, когда, в частности, «кредитор выражает намерение не требовать от должника выполнения обязательства в точном соответствии с условиями договора» [157].

Последствия отказа от права применяются к управомоченным лицам в ситуации процессуального бездействия, например в связи с незаявлением возражений по Правилу 32 ФПГП, допускающему возражения по квалификации лица, который отбирает у свидетеля присягу и фиксирует показания в рамках досудебного раскрытия доказательств, а также в ситуации реализации процессуального права вопреки установленным правилам: например, лицо утрачивает право на рассмотрение его дела с участием присяжных, если требование о рассмотрении дела с участием присяжных не было правильно оформлено и должным образом представлено суду (Правило 38 (d) ФПГП).

Именно поэтому дефиниция нормы Правила 13 (a) ФПГП, касающаяся принудительного характера встречного иска и содержащая указание на обязанность его заявления в качестве встречного иска в данном процессе как средства

защиты от первоначального иска, позволяет прийти к указанному выводу о неблагоприятных для ответчика процессуальных последствиях.

Возможность аннулирования или пересмотра вступившего в силу решения, вынесенного по первоначальному иску (делу), влечет дестабилизацию гражданского оборота. Из изложенного видно, что закрепление обязанности предъявления принудительного иска отвечает интересам обеих сторон по делу. Данное Правило отражает интересы истца, поскольку последний заинтересован в незыблемости состоявшегося по делу решения.

Указанное Правило учитывает также интересы ответчика, поскольку своеобразно дисциплинирует последнего, заставляя обращать внимание и должным образом готовиться к защите своих интересов, что весьма актуально, в том числе для решения вопроса о применении исковой давности в споре. То есть процессуальная ценность конструкции принудительного встречного иска в американском гражданском процессе заключается в его универсальном характере, который способствует не только реальному обеспечению прав и законных интересов обеих сторон в споре, но и достижению цели правовой определенности.

Представляется, что исследованная в монографии конструкция принудительного встречного иска может быть использована в российском гражданском (арбитражном) процессе как механизм борьбы с процессуальными злоупотреб-

лениями со стороны недобросовестных ответчиков.

Процессуальной презумпцией, установленной АПК РФ и ГПК РФ и разделяемой доктриной, является положение о праве ответчика на предъявление встречного иска (ч. 1 ст. 132 АПК РФ, 137 ГПК РФ). Предъявляя встречный иск, ответчик использует узаконенную возможность реализовать свое право на судебную защиту. При этом встречный иск не только представляет собой средство защиты ответчика против первоначального иска, но и является процессуальным средством удовлетворения его самостоятельных требований. Правовым последствием нереализации ответчиком права на предъявление встречного иска в российском арбитражном и гражданском процессе всегда является последующая возможность его предъявления в качестве самостоятельного иска.

Это означает, что законодатель не усматривает риска ревизии результатов рассмотрения дела по первоначальному иску, не опасается возможности предъявления ответчиком в будущем самостоятельного иска, разрешение которого может повлечь за собой отмену решения по первому делу и, как следствие, обусловит нарушение принципа правовой определенности.

Так, встречный иск, направленный к зачету первоначального или имеющий с ним взаимную связь, действительно не может подвергнуть риску устойчивость возможного решения об удовлетворении первоначального иска, если такой

встречный иск не будет заявлен для совместного с ним рассмотрения [158].

Взаимная связь исков при том обязательном условии, что их совместное рассмотрение приведет к более быстрому рассмотрению дела (что проблематично, поскольку процесс будет вынужден удлиниться вследствие необходимости исследования дополнительных доказательств и аргументов) [159], не создает препятствие в любом случае для ответчика обратиться с самостоятельным иском без ущерба для результатов рассмотрения первоначального иска.

Общее, что объединяет приведенные примеры, – процессуальная «параллельность или альтернативность», т. е. возможность без ущерба для результатов рассмотрения дела по первоначальному иску предъявить встречные иски в качестве самостоятельных, поскольку положительные решения по таким искам не могут обусловить ревизию или пересмотр решения по первому делу.

Вместе с тем нереализация ответчиком права на предъявление встречного иска в случае, когда удовлетворение такого иска исключает полностью или в части удовлетворение первоначального иска, вызывает, на взгляд автора, вопрос о необходимости переоценки подхода законодателя к безусловному, бесспорному и ничем не ограниченному праву ответчика на предъявление встречного иска либо установления для ответчика неблагоприятных последствий такого отказа.

Данный вопрос обусловлен задачей устранения процессуальных злоупотреблений, связанных с использованием института встречного иска. В качестве примера подобного рода злоупотреблений, наиболее часто встречающихся в российской арбитражной практике, можно привести иски о признании договора недействительным или незаключенным при наличии вступившего в законную силу судебного решения о взыскании по договору [160].

Высший Арбитражный Суд РФ (ВАС РФ) в Постановлении от 23 июля 2009 г. подчеркивает, что эффективная судебная защита нарушенных прав не может быть обеспечена в случае несвоевременного заявления встречного иска [161].

Поскольку адекватных последствий процессуальный закон в отношении недобросовестных ответчиков не устанавливает, в качестве действенной меры ВАС РФ в указанном постановлении ориентирует суды, рассматривающие дела о взыскании по договору, на оценку обстоятельств, свидетельствующих о действительности договора, независимо от того, заявлены ли возражения или встречный иск.

На проявление активности при решении вопроса о своевременном учете встречных требований в целях полного и правильного разрешения спора ориентирует суды также ст. 132 АПК РФ [162], устанавливающая, что если в его производстве имеется несколько дел, требования по которым отвечают условиям первоначального и встречного исков, суд

объединяет по собственной инициативе или по ходатайству лица, участвующего в деле, эти дела в одно производство.

Однако в постановлении отмечается, что возбуждение самостоятельного производства по иску о признании договора недействительным само по себе не означает невозможности рассмотрения дела о взыскании по договору в судах первой, апелляционной, кассационной и надзорной инстанций, в силу чего не должно влечь приостановления производства по этому делу.

Более того, в постановлении ВАС РФ обращает внимание судов на то, что независимо от состава лиц, участвующих в деле о взыскании по договору и в деле по иску об оспаривании договора, оценка, данная судом обстоятельствам, которые установлены в деле, рассмотренном ранее, не связывает суд при рассмотрении им другого дела. Такая оценка лишь подлежит учету судом, рассматривающим второе дело. В том случае, если суд, рассматривающий второе дело, придет к иным выводам, он должен указать соответствующие мотивы.

Позиция ВАС РФ, направленная на борьбу с процессуальными злоупотреблениями исключительно за счет использования неоправданной активности суда, представляется непоследовательной и противоречащей положению о состязательном начале арбитражного процесса (ч. 2, 3 ст. 9 АПК РФ), не учитывающей возможности и меры процессуального влияния, которые закон может применить к сторонам по

делу.

Решение задачи эффективной борьбы с процессуальными злоупотреблениями с использованием института встречного иска видится именно в установлении определенных негативных последствий для ответчиков в случаях непредъявления (несвоевременного предъявления) встречных исков, удовлетворение которых исключает полностью или в части удовлетворение первоначальных исков. Данная процессуальная формула позволяет ответчику по первоначальному иску, используя «конструкцию иска о признании или преобразовательного иска, по сути, нивелировать правовые основания иска первоначального» [163] либо «подорвать основание первоначального иска» [164].

Так, удовлетворение встречного иска о признании договора недействительным или незаключенным, очевидно, обусловит отказ в удовлетворении первоначального иска о взыскании задолженности по договору, если такой (встречный) иск будет предъявлен в том же процессе [165], удовлетворение встречного иска о расторжении договора обусловит отказ в иске об обязании передать индивидуально определенную вещь или исполнить иное обязательство либо в иске об изменении договора.

Непредъявление ответчиком встречного иска в указанных случаях с последующим заявлением его в качестве самостоятельного требования в другом (новом) процессе чревато сле-

дующими негативными последствиями.

Во-первых, нарушается принцип правовой определенности в материальных правоотношениях (возможного положительного) решения по первоначальному иску (по первому делу), вступившего в законную силу, – ведь такой ранее не заявленный ответчиком в первом деле иск может быть заявлен в качестве самостоятельного в пределах сроков исковой давности, т. е. в общем случае в течение продолжительного периода времени (трех лет считая с момента нарушения права).

Во-вторых, существенно утяжеляется судебный процесс, по сути превращаясь в три самостоятельных процесса – три гражданских дела.

Первое дело – дело, возбужденное по ранее не предъявленному в качестве встречного иска самостоятельному иску, например требованию о признании договора недействительным.

При удовлетворении такого иска у бывшего ответчика возникает право на пересмотр решения по первому делу по вновь открывшемуся обстоятельству – установленному судебным актом по другому делу (дело № 1) факту недействительности сделки (п. 5 ст. 312 АПК РФ), соответственно такое право реализуется в отдельном процессе в порядке гл. 37 АПК РФ (дело № 2). При положительном решении по делу по заявлению о пересмотре решения по первому делу вследствие обнаружения или открытия нового обстоятельства суд

повторно рассматривает требования первоначального истца (дело № 3).

В такой ситуации очевидно, что судебные издержки, а также расходы сторон существенно увеличиваются.

Установлением в процессуальных законах ограничения или препятствия для ответчика в реализации возможности последующей ревизии состоявшихся по делу судебных постановлений позволило бы повысить авторитет судебной власти и содействовать стабильности делового оборота.

Подтверждением актуальности рассматриваемого в настоящей статье вопроса о возможности установления процессуальной обязанности ответчика по предъявлению встречного иска является отраженная в постановлении от 23 июля 2009 г. № 57 позиция ВАС РФ об изъятии из презумпции о том, что встречный иск в российском арбитражном процессе всегда является «допустимым».

Пленум ВАС РФ разъяснил, что «лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами, в том числе своевременно предъявлять встречные иски… Злоупотребление процессуальными правами либо неисполнение процессуальных обязанностей влечет для этих лиц предусмотренные Кодексом неблагоприятные последствия».

По существу, позиция ВАС РФ означает, что хотя само по себе предъявление встречного иска как процессуальное действие является правом ответчика, однако воспользовать-

ся своим правом ответчик может не иначе как посредством добросовестной реализации этого права – своевременным предъявлением встречного иска, что рассматривается Пленумом ВАС РФ в качестве процессуальной обязанности ответчика, поскольку в постановлении используется термин должествования («должны пользоваться») применительно к реализации этого права.

Гарантиями должного выполнения любой процессуальной обязанности, в том числе обязанности своевременного предъявления встречного иска, должны являться предусмотренные АПК РФ неблагоприятные последствия. Установление законом в качестве процессуальной санкции бремени несения сторонами расходов вне зависимости от исхода дела явно неадекватно возможному ущербу от процессуального злоупотребления. Специальных гарантий применительно к предъявлению встречного иска АПК РФ и ГПК РФ не устанавливают.

Предлагаемое в монографии понуждение (в определенных случаях) ответчика к предъявлению встречного иска в российском гражданском и арбитражном процессах снимет проблему надлежащей добросовестной реализации права ответчика по предъявлению встречного иска, поскольку его непредъявление в том же процессе обусловит на будущее невозможность предъявления такого иска в качестве самостоятельного.

Предложение направлено на реализацию принципа пра-

вовой определенности в более актуальной ситуации (нежели в ситуации, охватываемой положением ч. 5 ст. 132 АПК РФ), когда опасность для процесса скрыта и может быть выявлена зачастую только при пересмотре состоявшегося решения.

Использование механизма обязательного встречного также позволит снять внутренние противоречия в упоминавшейся позиции ВАС РФ.

В связи с этим представляется целесообразным использование в российском арбитражном и гражданском процессах рассмотренной конструкции принудительного встречного иска в части установления последствий отказа ответчика от предъявления встречного иска в описанной выше ситуации, а именно под угрозой последующей невозможности его предъявления в качестве иска самостоятельного.

При использовании предлагаемой конструкции может возникнуть вопрос о том, откуда узнает ответчик об обязанности предъявить встречный иск под страхом последующей невозможности заявления его в качестве самостоятельного в другом процессе. Ответ на такой вопрос должен быть разрешен путем предлагаемых в работе изменений и дополнений в действующее процессуальное законодательство.

Непредъявление ответчиком в качестве встречного иска в указанном случае влечет за собой последующую невозможность обращения ответчика с самостоятельным иском. В случае предъявления ответчиком иска с нарушением установленного правила производство по делу должно быть пре-

кращено применительно к правилу ст. 150 АПК РФ.

Указание на обязанность предъявления встречного иска в процессуальных законах предполагает ознакомление с ней лица, участвующего в деле (ответчика). Гарантией осведомленности ответчика об обязанности предъявить встречный иск и наличии негативных последствий его непредъявления должно являться разъяснение судом соответствующей обязанности ответчику в стадии досудебной подготовки.

Представляется целесообразным внесение следующих изменений и дополнений в гражданское процессуальное законодательство:

– внести изменения в ч. 1 ст. 132 «Предъявление встречного иска» АПК РФ:

«Ответчик до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, вправе, а в случае, предусмотренном п. 2 ч. 3 настоящей статьи, обязан предъявить истцу встречный иск для рассмотрения его совместно с первоначальным иском»;

– дополнить ст. 132 АПК РФ ч. 5 и 6 следующего содержания:

«5. В случае непредъявления ответчиком встречного иска, предусмотренного п. 2 ч. 3 настоящей статьи, последующее обращение ответчика с самостоятельным иском по данному основанию не допускается.

6. В случае предъявления ответчиком иска с нарушением

правила, установленного ч. 5 настоящей статьи, производство по делу подлежит прекращению применительно к положению п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ»;

– внести изменения в ч. 1 ст. 49 АПК РФ следующего содержания:

«Истец вправе при рассмотрении дела в арбитражном суде первой инстанции до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований, вправе предъявить встречный иск, а в случаях, установленных настоящим Кодексом, обязан предъявить встречный иск»;

– внести изменения в ч. 1 ст. 137 «Предъявление встречного иска» ГПК РФ:

«Ответчик вправе до принятия судом решения, а в случае, предусмотренном п. 2 ч. 1 ст. 138 ГПК РФ, обязан предъявить истцу встречный иск для рассмотрения его совместно с первоначальным иском. Предъявление встречного иска осуществляется по общим правилам предъявления иска»;

– дополнить ст. 137 ГПК РФ ч. 2 и 3 следующего содержания:

«2. В случае непредъявления ответчиком в качестве встречного иска, предусмотренного п. 2 ч. 1 ст. 138 ГПК РФ, последующее обращение ответчика с самостоятельным иском по данному основанию не допускается.

3. В случае предъявления ответчиком иска с нарушением

правила, установленного ч. 2 настоящей статьи, производство по делу подлежит прекращению применительно к положению п. 1 ч. 1 ст. 220 ГПК РФ»;

– внести изменения в ч. 1 ст. 39 ГПК РФ следующего содержания:

«Истец вправе изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований либо отказаться от иска, ответчик вправе признать иск, стороны могут окончить дело мировым соглашением. Ответчик вправе предъявить встречный иск, а в случаях, установленных настоящим Кодексом, ответчик обязан предъявить встречный иск».

Автор понимает и признает, что идея использования американской конструкции принудительного встречного иска в гражданском и арбитражном процессе Российской Федерации является небесспорной.

В частности, можно предположить, что введение в российский процесс института принудительного встречного иска может быть подвергнуто сомнению вследствие противоречия двум основным положениям публичного порядка – принципу диспозитивности и недействительности отказа от своего права.

Вместе с тем автором предлагается использовать конструкцию принудительного встречного иска, непредъявление которого в определенных случаях лишает ответчика права на предъявление самостоятельного иска, путем уста-

новления в законе процессуальной обязанности поступить определенным образом.

Лишение ответчика права предъявления самостоятельного иска будет является следствием неисполнения процессуальной обязанности. В таком контексте возможно говорить об отсутствии нарушении принципа диспозитивности.

Принцип недействительности отказа от права рассматривается в доктрине, однако процессуальное законодательство устанавливает принцип недействительности права на обращения в суд, отказ от такого права является добровольным изъявлением лица.

Как говорилось ранее, лишение права на обращение в суд является не следствием добровольного, сознательного отказа лица от имеющегося процессуального права, а своеобразной процессуальной санкцией за нарушение обязанности предъявить иск в определенном случае [166].

2. Право явиться и быть выслушанным беспристрастным судом – важнейший элемент состязательной систем. Право лица быть извещенным о процессе – необходимый процессуальный стандарт. Конституционно-судебная практика реализации данного стандарта. Федеральные процессуальные источники как правовая база реализации рассматриваемого элемента состязательной системы. Функциональные обязанности суда и правила его поведения в процессе как гарантия прав лица быть выслушанным. Беспристраст-

ность суда – необходимое качество (свойство) реализации права быть выслушанным. Механизм отвода суда в гражданском судопроизводстве США как инструмент, обеспечивающий независимость суда, объективное и беспристрастное исследование и оценку доказательств, непредвзятый анализ правовых доводов сторон. Целесообразность использования механизма процедуры отвода судьи в гражданском процессе США для гражданского судопроизводства Российской Федерации.

2. Ключевым элементом состязательной системы является право явиться и быть выслушанным беспристрастным судом.

В американском гражданском процессе положение о гарантии быть выслушанным уходит корнями к английской традиции, когда в Великой хартии вольностей было сформулировано правило о том, что никому не может быть отказано в доступе к правосудию [167].

Современная концепция доступа к правосудию в США основана на ранее отмеченной в монографии особенности состязательной системы гражданского судопроизводства в США – состязательном легализме.

Согласно американской правовой доктрине необходимым процессуальным стандартом, которому должен соответствовать любой затрагивающий имущественные права судебный процесс, является безусловное право стороны быть выслу-

шанной и соответственно извещенной о процессе.

Именно нормам извещения о процессе (посредством уведомления стороны о начатом процессе) как самой важной, основополагающей гарантии права быть выслушанным уделяется большое внимание в положениях ФПГП, а также придается особая значимость в прецедентном праве.

Термин «извещение о процессе» многогранен и часто используется в значении, определяющем действия сторон по направлению ими друг другу состязательных документов. Например, лицо, оспаривающее конституционность статута США, обязано направить генеральному прокурору США копию иска, а также собственно уведомление о том, что поставлен вопрос о неконституционности федерального статута (Правило 5 (1) ФПГП); лицо, имеющее намерение обеспечить доказательства до возбуждения судебного процесса, обязано направить предполагаемому ответчику копию заявления об обеспечении доказательств с указанием места и времени рассмотрения заявления (Правило 27 ФПГП).

Извещение также используется в значении, определяющем действия суда и (или) судебного клерка по доведению до сторон процессуально значимых сведений либо информации (например, о возможности применения процессуальных санкций (Правило 11 (с) ФПГП), о признании членом класса или группы (для целей классового иска) по Правилу 23 ФПГП).

Судебными извещениями (court's notices) доводятся при-

казы суда (orders), опосредующие итоговые процессуальные решения по делу (Правило 77 ФПГП).

Данный термин используется также для обозначения первоначального уведомления (извещения) судом ответчика о предъявленном в суд иске, в связи с чем юридическое значение первоначального извещения судом ответчика о процессе выполняет две функции: с одной стороны, ответчик извещается об иске, с другой стороны, о намерении суда рассматривать дело по существу.

Положения о судебных извещениях представлены в ФПГП очень подробно, в том числе в нормах о субъектах получения уведомления (о вручении извещений гражданам, юридическим лицам в пределах судебного округа или вне территории его, заграницей, о вручении извещений несовершеннолетним), о доказательствах вручения извещений и проч., о предмете и содержании извещений (о том, какие именно документы направляются ответчику), о способе, времени и субъектах вручения уведомления, о стандартной форме извещений. Негативным последствием неявки (без уважительной причины) в суд после получения извещения является возможность вынесения по делу заочного решения (Правило 55 ФПГП).

В отличие от схожих между собой положений российского арбитражного и гражданского процессов о последствиях рассмотрения дела без участия сторон или третьих лиц в виде безусловной отмены судебного акта ФПГП, как и Феде-

ральные правила апелляционной процедуры (ФПАП), не содержат нормы, прямо предусматривающей, что суд апелляционной инстанции обязан отменить решение суда первой инстанции и направить дело на новое рассмотрение в случае, когда в ходе судебного разбирательства нарушается право стороны на извещение о процессе.

Вместе с тем нельзя и сказать, что ФПГП вовсе не регулируют последствия неуведомления сторон о процессе. Так, ответчик, который считает себя ошибочно вовлеченным в процесс, обязан ходатайствовать о прекращении производства по делу вследствие личной неподсудности суду согласно Правилу 12 (b) (2) ФПГП и/или недостаточности (неполноты) уведомления, как то указано в Правиле 12 (b) (5) ФПГП. Ответчик обязан заявить об этом при первой же возможности, в противном случае он утрачивает право на такой довод, однако, приводя такой довод, ответчик тем самым не считается признавшим юрисдикцию суда на разрешение спора с его участием (Правило 12 (h) (1) ФПГП).

Судебная практика, сложившаяся в связи с применением и толкованием Верховным Судом США положения об обязательности уведомления лица о процессе, в своей основе имеет норму Пятой и Четырнадцатой поправок к Конституции США, согласно которым заинтересованным лицам (сторонам судебного разбирательства) гарантируется право быть уведомленными судом о процессе, затрагивающем или могущем затронуть их права.

Данное положение принято называть положением о процедурном надлежащем процессе, упоминавшемся во втором параграфе первой главы.

«Элементарное и фундаментальное требование надлежащего процесса… это требование о надлежащем извещении, которое во всех случаях сообщит заинтересованным лицам об имеющем место судебном разбирательстве и обеспечит возможность предоставить свои возражения» [168].

Уведомление о процессе и возможность быть выслушанным «должны быть предоставлены в разумной форме (разумным способом), учитывающей достаточное время для получения уведомления» [169]. «Фундаментальное требование надлежащего процесса – это возможность быть услышанным. Это право быть услышанным не многого стоит, если лицо не извещено о наличии процесса и не имеет возможности выбора – являться в суд или получить заочное решение, признать требования или оспорить их…» [170]

Извещение о процессе посредством личного вручения заинтересованному лицу гарантирует действительную осведомленность лица о процессе, представляя, таким образом, «идеальную ситуацию, когда лицо узнает о возбужденном процессе» [171].

По делу Tulsa Professional v. Pope, 485 U.S. 478 (1988) [172], Armstrong v. Manzo, 380 U.S. 545 (1965) Верховным Судом США признано, что требование надлежащего

процесса и Четырнадцатой поправки к Конституции США обязывают, чтобы уведомление лица было совершено по почте или иным образом, чтобы обеспечить действительное получение лицом такого уведомления, при этом имя и адрес получателя извещения должны быть четко видны на уведомлении, чтобы исключить ошибочное непринятие уведомления.

По делу Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970) [173] Верховным Судом США зафиксировано, что уведомление о процессе должно быть достаточным для того, чтобы получатель мог установить, что процесс рассмотрения гражданского дела возбужден (начат) и что конкретно необходимо сделать для предотвращения утраты имущественного интереса (представить отзыв, явиться в суд).

По упоминавшемуся делу McDonald v. Mabee, 243 U.S. 90 (1917) Верховным Судом США было установлено, что извещение о процессе посредством публикации в местной газете не является достаточным уведомлением для цели поставить в известность о процессе лицо, покинувшее штат, на территории которого дано объявление [174].

По делу Baldwin v. Hale, 68 U.S. (1 Wall.) 223, 233 (1863) указывалось, что «лица, чьи права могут быть затронуты, вправе быть выслушанными» [175], «требуется некая форма выслушивания лица, прежде чем он окончательно будет лишен имущественного интереса» (Mathews v. Eldridge, 424

U.S. 319) [176]. Следовательно, если вышестоящий суд установит, что права лица, участвующего в деле, были ущемлены в результате ненадлежащего уведомления о процессе (если это и не повлияло на принятие решения по существу спора), но впоследствии решение оспаривалось, аргумент о неуведомлении в процессе рассмотрения дела по существу является поводом к установлению нарушения надлежащего процесса [177].

Второй окружной апелляционный суд по делу Snider v. Melendes, 199 F3d 108–113 (2d Cir. 1999) указал, что «уведомление стороны в споре и предоставление ей возможности быть услышанной играет важную роль в установлении справедливости и надежности правопорядка. Это позволяет избежать риска того, что суд может пропустить правильные ответы, касающиеся взгляда суда на слабые стороны позиции истца» [178].

Соответственно, апелляционный суд пришел к выводу о том, что, отклоняя иск, суд первой инстанции допустил процессуальное нарушение, не предоставив истцу права быть выслушанным, что является «недопустимой практикой» и «само по себе является основанием к отмене решения».

Как видно из приведенного решения, судами защищается право истца быть выслушанным, а не только ответчика, что происходит на практике наиболее часто [179]. Однако федеральная практика содержит исключение, касающееся воз-

можности отклонения судом иска (прекращения процесса), без уведомления о том истца и без предоставления ему возможности представить аргументы в свою защиту. Это исключение связано или обусловлено (как указывалось по ранее цитировавшемуся делу Gonzalez-Gonzalez v. United States, 257 F.3d 31, 36–37 (1st Cir.2001) «абсолютной ясностью в отсутствии у истца перспективы удовлетворения иска и того, что изменение иска ни к чему не приведет». Аналогичные по сути решения принимались по делам Curley v. Perry, 246 F.3d 1278, 1281–82 (10th Cir.2001), Razzoli v. Fed.Bureau of Prisons, 230 F3d 371, 377 (D.C. 2000), Clorox Co. V. Proctor & Gamble Commercial Co., 228 F3d 24, 32 (1ST Cir. 2000) [180].

Неоднократно оценивая вопрос о соблюдении гарантии быть извещенным о процессе, в наиболее общем виде Верховный Суд США сформулировал свою позицию по этому поводу в рассматриваемом выше деле Mathews v. Eldridge, указав, что «конституционное право быть выслушанным является основополагающим элементом обязанности государства соблюдать честную процедуру принятия решения, когда обсуждается вопрос о лишении частным лицом имущественного интереса. Целью требования о праве быть выслушанным является не только обеспечить гарантии заинтересованным лицам соблюдения правил игры… скорее, обезопасить их имущественный интерес от спорных посягательств».

Иными словами, положения о гарантиях быть вовлечен-

ным или допущенным в процесс (посредством надлежащего о нем уведомления) фактически создают заинтересованным лицам предпосылки быть услышанными судом.

Только посредством предоставления участникам спора возможности во весь голос заявить о своей позиции обеспечивается достоинство индивидуума [181].

Таким образом, представляется, что действие рассматриваемого элемента состязательной системы гражданского судопроизводства США обусловливается положением об автономии частных прав, реализуемым в процессе в ходе состязания сторон как в ходе досудебной подготовки, так и наиболее явно при столкновении в процессе судебного разбирательства, где производится состязательная проверка доказательственного материала и правовых позиций сторон (суд выслушивает стороны, которые доносят до него свои позиции по вопросам факта и права).

Однако, чтобы указанные выше гарантии были действенными, процессуальным возможностям участников спора должны корреспондировать определенные функциональные обязанности суда и правила его поведения в процессе.

В частности, эти права участников процесса и соответствующие им обязанности и правила поведения суда вытекают из различных процессуальных источников – норм ФПГП/ФПАП/ФПД, а также вторичных процессуальных источников, в совокупности обеспечивающих беспристрастность суда – неотъемлемой составляющей рассматриваемого здесь

второго элемента состязательной системы гражданского судопроизводства США.

Так, принятый в 1973 г. (с изменениями в 1999 г.) Кодекс поведения судей федеральных судов общей юрисдикции всех инстанций и специализированных федеральных судов [182] установил (в Каноне 3) обязанности судьи, связанные с отправлением правосудия, включая положения, фактически способствующие или обеспечивающие заинтересованному лицу возможность быть услышанным судом.

В частности, согласно Канону 3 А судья должен обеспечить всякому заинтересованному лицу или его адвокату полное право быть выслушанным в соответствии с законом.

Правила поведения судей судов штатов в целом аналогичны приведенным федеральным правилам, вместе с тем некоторые из названных положений разработаны более детально.

Таким образом, сами по себе правила или стандарты поведения судей содержат положения о гарантиях заинтересованным лицам быть вовлеченным или допущенным к участию в деле и соответственно создают предпосылки быть выслушанными и услышанными судом.

В американском процессе право быть выслушанным взаимосвязано с беспристрастностью суда, являющейся отличительным свойством отправления правосудия по гражданским делам, поскольку только беспристрастный суд может реализовать право сторон быть выслушанными и услышанными.

Именно поэтому беспристрастность суда совместно с указанным правом формирует второй элемент состязательной системы, именно поэтому процессуальная доктрина и судебная практика уделяют особое внимание вопросам беспристрастности и нейтралитета суда.

По мнению У. Бернама, все правовые системы стремятся к беспристрастному и наиболее полному (взвешенному) процессу рассмотрения дела и принятия решения. Сторонники состязательной системы считают, что эти цели лучше всего достигаются там, где лицо, принимающее решение (разрешающее спор), является нейтральным и пассивным; единственной обязанностью такого лица является разрешение спора по существу [183].

С. Ландсман считает, что суд нейтрален, когда он воздерживается от любых оценок (по делу) до момента принятия решения, от (активного) участия в процессе сбора доказательственного материала, от проявления инициативы или вовлечения в процесс мирного урегулирования спора [184].

В делах гражданских судья «лучше всего способствует отправлению правосудия, когда не вмешивается в конфликт сторон», «судья, который отклоняется от такой пассивной роли, которая характеризует состязательную систему, лишает спорящих лиц гарантий надлежащего процесса» (Gardiner v. A.H. Robins Company, Inc., 747 F2d 1180, 1183, 1191, 1192 (8th Cir.1984) [185].

Отклонение от роли пассивного наблюдателя за ходом процесса влечет риск формирования арбитром преждевременных выводов о преимуществах и недостатках аргументов той или иной стороны и недооценку значимости всех имеющихся доказательств по делу.

Более того, особо ревностные сторонники судейского нейтралитета придерживаются позиции, что судьи должны избегать даже подозрения в активности, т. е. вообще не должны задавать вопросы или предлагать допросить того или иного свидетеля. Роль судей им видится в качестве рефери, наблюдающего за правильным применением процессуальных норм и не допускающего излишнего общественного интереса к делу: «суды не только должны быть беспристрастными, они обязаны создавать впечатление беспристрастности» [186].

Там, где судьи нейтральны и пассивны, они с высокой долей вероятности направят свою энергию на разрешение спора в том виде, в каком его представляют сами стороны, поэтому положение о судейском нейтралитете способствует, если не сказать – предопределяет, назначению состязательной системы для целей разрешения споров в большей степени, нежели для выполнения задачи отыскания материальной истины по делу [187].

Как отмечает М. Лундин, «требование о нейтралитете способствует тому, что жизнь, свобода или имущество (имущественный интерес) не будут ограничены или ущемлены в результате ошибочного или искаженного понимания судом

вопросов факта и права… В то же время нейтралитет создает впечатление и реальность справедливости… посредством гарантии того, что никто не будет лишен своего имущественного интереса в отсутствии процедуры, в ходе которой лицо может представить свою позицию по делу судье, имея определенную уверенность в том, что судья заранее не предрасположен вынести негативное для лица решение» [188].

Отсюда следует, что целью суда в состязательной системе является не отыскание обязательно абсолютной истины, а выявление истины доступными (сторонам) средствами и разрешение спора в соответствии с принципом определения победителя по совокупности более весомых доказательств.

Таким образом, идея процессуальной состязательности состоит в том, что в результате «яркого конфликта доказательств, представленных соперниками в ходе тщательно организованного судебного процесса, с большой долей вероятности будет получена информация, на основе которой нейтральный и пассивный судья может вынести решение по существу спора, признаваемое сторонами и обществом в целом» [189].

Именно потому, что истина с большой долей вероятности может быть установлена в ходе такого процесса, где стороны действуют активно, в буквальном смысле слова состязаются между собой, поскольку именно стороны являются заинтересованными в принятии судом своих точек зрения в отношении как собранных доказательств, так и основанных на

них аргументов по предмету спора, состязательный процесс, по мнению известного процессуалиста Э. Шермана, имеет преимущество перед процессом следственным [190].

Согласно мнению авторитетнейших ученых по американскому гражданскому процессу профессорам Д. Хазарду и М. Таруффо:

– судьи в процессе рассмотрения дела если и проявляют инициативу, то ограниченно (второстепенно);

– некоторые судьи вообще полностью пассивны. На досудебной стадии они вникают в суть дела только при наличии ходатайств (сторон), требующих принятия процессуальных решений; в таких случаях судьи просто принимают то или иное решение без соответствующей аргументации;

– судьи дают свободу своему усмотрению в процессе в том, что касается содержания и объема своего участия, при этом не принимая на себя функции адвокатов сторон, исполняя, таким образом, свои обязанности по минимуму;

– обычно судьи не разрабатывают правовые теории по делу, а только реагируют на доводы, представляемые сторонами [191].

По мнению Э. Шермана, общественное признание, равно как и признание сторонами, законной силы судебного решения «имеет место, когда оно принимается лицом (в нашей системе – судьей), которое беспристрастно или предполагается беспристрастным в отношении сторон спора или их по-

зиций» [192].

Кодекс поведения судей федеральных судов установил (в Каноне 3) обязанности судьи, связанные с отправлением правосудия на основе корректного и беспристрастного отношения к спорящим сторонам.

Так, согласно Канону 3 А:

1) судья не должен быть подвержен влиянию участников спора, общественному давлению и боязни критики;

2) судья должен поддерживать порядок и профессиональный этикет в ходе судебного разбирательства;

3) судья должен избегать публичных комментариев по существу рассмотренного или нерассмотренного дела, требуя того же от судейского персонала, за исключением случаев, когда судья делает заявление в рамках выполнения своих должностных обязанностей, в частности для объяснения (разъяснения) существа судебных процедур или в учебных (научных) целях;

4) судья не должен инициировать и участвовать в обсуждении перспектив дела или процедур, могущих повлиять на исход дела, с одной из сторон спора без того, чтобы другая сторона знала об этом.

Согласно Канону 3 С судья обязан взять самоотвод, если имеется повод считать отношение судьи пристрастным, основанным на прямой или косвенной личной приязни к сторонам спора или знании всех обстоятельств дела из личных источников, а также по иным основаниям (в Каноне их бо-

лее 10).

Таким образом, отвод суда является одним из способов обеспечения нейтралитета или независимости состава суда, а значит, и состязательности, к которому прибегают участники процесса и их адвокаты.

Реализация права заявления отвода, собственно процедура отвода и практика применения указанных положений в гражданском процессе США представляет существенный интерес для процесса российского, поскольку помогают не только рассмотреть механизм отвода как совокупность правил, составляющих процедуру его реализации, но и понять его значение в качестве эффективного инструмента обеспечения беспристрастности и объективности суда.

В американском процессе средствами установления обстоятельств, с которыми связывается устранение судьи от рассмотрения дела, являются доказательства. Такой подход существовал далеко не всегда, поскольку до 1974 г. судебная практика ориентировалась на обязанность суда продолжать начатое слушанием дело и удовлетворять отвод в исключительных случаях, в связи с чем вопросам доказательств оснований отвода внимания не уделялось.

Последние десятилетия ознаменовали собой резкую смену указанной тенденции, суды США буквально захлестнул вал отводов, в чем проявилась необходимость реформирования процессуального законодательства, вследствие неприспособленности устаревших и порой изживших себя процес-

суальных норм веяниям времени (даже все без исключения судьи Верховного Суда США оказались под прицелом адвокатов спорящих сторон).

Так, несмотря на крайне низкий (в позитивном смысле) «отводной индекс судьи» – на уровне 0,008, – судьям Верховного Суда США (ими рассмотрено за период с 1986 по 2003 г. огромное число дел – около 17 тыс.), совокупно заявлено 198 отводов [193].

Правовым основанием для реализации процессуального права отвода в гражданском процессе США являются положения параграфов 47, 144 и 455 «Дисквалификация судьи или магистрата» гл. 21 ч. 1 разд. 28 Свода законов США.

Как следует из § 47, нечасто применяемого на практике, поскольку адресован параграф судьям апелляционных судов, в нем установлен знакомый для российского процесса запрет или недопустимость повторного участия апелляционного судьи в рассмотрении дела, если ранее судья принимал участие в рассмотрении дела в суде первой инстанции.

В соответствии с § 144 предусматривается право заинтересованной стороны или ее адвоката подать ходатайство об отводе, сопровождаемое аффидевитом (письменным свидетельством), в котором содержится добросовестное утверждение о наличии предвзятости суда по отношению к заявителю. При этом предполагается, что изложенные в свидетельстве факты являются правдивыми, исходя из чего судья по буквальному смыслу § 144 не должен продолжать участие

в рассмотрении дела, которое подлежит передаче другому судье.

Судебная практика применения § 144 проделала почти столетний путь начиная с дела, рассмотренного в 1912 г. Верховным Судом США, где суд занял позицию, согласно которой отводимый судья обязан проверить только достаточность правовой аргументации, изложенной в свидетельстве, но не истинность утверждений, содержащихся в аффидевите [194].

Практика последних десятилетий федеральных апелляционных судов в целом подтверждала эту позицию.

По делу Martinez-Catala, 129 F.3d 213, 218 (1st Cir.1997) апелляционный суд отметил, что параграф 144 «является необычным, поскольку обязывает районного судью принять или рассматривать аффидевит в качестве достоверного, хотя в нем могут содержаться недостоверные или не соответствующие действительности сведения» [195].

Более того, по делу United States v. Sykes, 7 F3d, 1331, 1339 (7th Cir. 1993) апелляционным судом установлено, что, оценивая правовую состоятельность или достаточность аффидевита, суд обязан исходить из правдивости утверждений о фактических обстоятельствах, даже если «знает об их лживости» [196].

По делу Sounder v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 939 F2d. 647, 653 (8th Cir.1991) установлено, что, «давая оценку

аффидевиту (по правилам параграфа 144), суд не вправе анализировать фактическую подоплеку утверждения о невозможности участия судьи в деле, однако должен ограничиться анализом правовой аргументации аффидевита» [197].

Вместе с тем процедура отвода не является настолько формальной, как могло бы следовать из цитированных дел. По указанным выше делам суды, в частности, «отвечали на драконовские процедуры (автоматическое устранение от участия в деле только на основе одностороннего аффидевита) требованиями к заявителю о демонстрации явно предвзятого поведения суда по отношению к одной из сторон» (по делу Martinez-Catala, 129 F.3d 213, 218 (1st Cir.1997)).

По делу United States v. Sykes, 7 F3d, 1331, 1339 (7th Cir. 1993) апелляционный суд подчеркнул, что «факты, на которых основывается ходатайство об отводе, должны быть достаточно конкретными и определенными, чтобы убедить любое разумное лицо в наличии у суда предвзятого отношения, простые заключения, мнения или слухи являются недостаточными… Поскольку статут явно ориентирует на устранение судьи от участия в деле, его требования должны толковаться таким образом, чтобы предотвратить злоупотребление».

Сторона либо ее адвокат вправе представить аффидевит (свидетельство) не менее чем за 10 дней до начала разби-

рательства в суде первой инстанции или до начала первоначальной конференции на стадии досудебной подготовки дела, при этом по любому делу отвод может быть заявлен только единожды [198]. Получив такой аффидевит и ходатайство об отводе и признав достаточной их правовую состоятельность, судья обязан передать вопрос об отводе на разрешение другого судьи [199].

Отказ в удовлетворении заявления об отводе может быть обжалован в апелляционный суд только при условии сопровождения ходатайства об отводе указанным аффидевитом по правилу параграфа 144 гл. 21 ч. 1 разд. 28 Свода законов США [200].

Еще одной процессуальной возможностью для отвода судьи, наряду с положениями параграфа 144, является норма параграфа 455 гл. 21, согласно которому любой мировой судья, судья районного суда или судья-магистрат обязаны устраниться от участия в деле, если их беспристрастность или нейтралитет могут быть с разумной степенью обстоятельности оспорены.

Жесткое ориентирование судей на устранение от участия в рассмотрении дела при наличии сомнений в их беспристрастности обеспечивает функционирование независимого судейского корпуса – ключевого элемента состязательной системы США. Поэтому ст. 3 Конституции США устанавливает, что «судьи как Верховного, так и нижестоящих судов

занимают свои должности, пока ведут себя безупречно, и в установленные сроки получают за свою службу вознаграждение, которое не может быть уменьшено во время их пребывания в должности» [201].

В силу параграфа 455 вопрос об отводе судье разрешает отводимый судья самостоятельно, и, хотя в данном параграфе нет прямого запрета на передачу вопроса об отводе на рассмотрение другого судьи, не существует также и требований, а равно судебных решений, предусматривающих возможность передачи вопроса об отводе на разрешение другого судьи. Таким образом, в отвод по правилу параграфа 455 разрешает непосредственно судья, которому отвод заявлен.

Такая позиция законодателя, разделенная практикой, связана с задачей поддержания авторитета судебной власти, соответственно представление стороной ходатайства об отводе – всегда заслуживающий внимания факт, сам по себе предполагающий целесообразность исключения сомнений в беспристрастности суда и ориентирующий суд в таком случае на самоустранение от участия в деле.

Заслуживает внимания то, что основание применения параграфа 455 (сомнения или спор относительно беспристрастности суда) конструктивно включает основание для применения параграфа 144 (предвзятое отношение к стороне), поскольку предвзятость представляет собой форму небеспристрастности и (или) утраты нейтралитета судом.

Альтернативность или параллельность возможностей по

оспариванию права суда рассматривать дело (через механизм параграфов 144 и 455) обусловливается отсутствием необходимости тщательно аргументировать позицию стороны (ее адвоката) по заявлению об отводе по правилам параграфа 455, к механизму которого адвокаты прибегают соответственно чаще.

Несмотря на отсутствие четкой процедуры или порядка реализации отвода по правилу параграфа 455, основываясь на положениях этого параграфа и параграфа 144, судебная практика выработала обязательные установления и рекомендации для судов по вопросу о критериях наличия или отсутствия оснований для отвода и надлежащего подтверждения таких оснований доказательствами.

Иными словами, судебная практика в целом идет по пути признания необходимости мотивирования оснований отвода представлением доказательства, подтверждающих наличие юридически значимых и относимых обстоятельств отвода.

В постановлении по делу United States v. Cooley, 1 F3d 985,993 (10th Cir.1993) апелляционный суд отметил, что «действительное отношение судьи к вопросу об отводе, состояние его ума, чистота сердечных помыслов, некоррумпированность или недостаток беспристрастности не являются предметом интереса… Стандарт или критерий по вопросу об отводе вполне объективный. Исследование фактов ограничено примерами явных или ярких высказываний или от-

крытых демонстраций судом своего отношения к делу или в связи с ним, а также выводов, которые можно сделать исходя из таких заявлений или высказываний. При применении этого стандарта первоначально подлежат выяснению и исследованию наличие добротного доказательственного материала для целей оспаривания отсутствия у суда пристрастного от ношения к сторонам» [202].

В меморандуме от 21 марта 2005 г., адресованном офисом главного судьи по иммиграционным делам Департамента Юстиции США всем иммиграционным судьям, иным должностным лицам иммиграционных судов, в отношении процедуры отвода иммиграционного судьи даны следующие важные для целей настоящего анализа предложения и рекомендации.

Во первых, разъясняется обязанность судье продолжать судебное разбирательство и не устраняться от дела при наличии только и исключительно (голословных) обвинений или угроз (что его действия или решения будут обжалованы – Ronwin v. Arizona, 686 F.2d 692 (9th Cir.1981) [203]; Martin – Trigona v. Lavien, 573 F.Supp.1237 (1983), соответственно все заявления об отводах должны быть занесены в протокол судебного заседания или поданы в письменной форме и подтверждаться конкретными причинами, которые лежат в основе отстранения судьи от дела.

Во-вторых, обращается внимание судей на то, что при принятии решения о самоотводе или отводе по заявлению

сторон или об отказе в удовлетворении такого заявления любое решение суда оформляется в письменной форме с указанием обстоятельств отвода и их правового обоснования.

Кроме того, в меморандуме отмечается, что отводы являются серьезным вопросом, возникающим в ходе отправления правосудия, поэтому судьи не должны устраняться от дел без предварительного тщательного анализа фактических обстоятельств, обосновывающих конкретную причину отвода. Более того, поскольку на судью возложена обязанность не устраняться от дела в спорной ситуации, его устранению должны сопутствовать исключительно достоверные доказательства, свидетельствующие о том, что возможное решение по делу, вынесенное с его участием, будет скомпрометировано (его небеспристрастностью или другими основаниями). Подчеркивается, что такие требования призваны обеспечить уверенность сторонам в том, что их дело решает нейтральный и объективный судья, а также побуждать участников спора не прибегать к механизму отвода как методу подыскания «подходящего» судьи [204].

Примечательно, что дисквалификационные процедуры (процедуры отвода), принятые в отдельных штатах, устанавливают более высокий порог для подтверждения обоснованности отводов, хотя и не обязывают стороны «преодолевать» этот порог с использованием доказательств.

Так, разд. 170.1–6 ГПК Калифорнии определяет, что заявление об отводе может и не сопровождаться доказатель-

ствами действительного пристрастного отношения суда к сторонам по делу, поскольку при наличии присяги или клятвы под страхом уголовного наказания за дачу заведомо ложной присяги или клятвы, о существовании у суда предвзятого или пристрастного отношения к стороне или ее адвокату, при котором сторона полагает невозможным честное и справедливое разбирательство; у суда нет иного выбора, как заявить себе самоотвод или удовлетворить заявление об отводе [205].

Такой подход объясняется значимостью процедуры отвода как механизма обеспечения общественного доверия к отправлению правосудия. Лучшей иллюстрацией или примером такого отношения к процессуальным ценностям является ссылка в анализе обобщения прецедентной практики по вопросам отводов по параграфу 455 разд. 28 Свода законов США на решение Верховного Суда США по одному из дел, где указывается, что «…для выполнения своей важной функции наилучшим образом правосудие должно производить впечатление правосудия» [206].

Вместе с тем параграф 455, устанавливая конкретные основания для отвода судьи, не определяет процессуальные последствия игнорирования судом требований об отводе, т. е. последствия отказа в удовлетворении мотивированного и обоснованного заявления об отводе.

Восполнил такой процессуальный пробел Верховный Суд США в деле Liljeberg v. Health Services Acquisition Corp. (486

U.S. 847 (1988)) [207], указав, что Правило 60 (b) ФПГП, устанавливающее право пересмотра судом своего собственного решения посредством процессуального механизма пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам (или апелляционным судом), может пониматься как процессуальная возможность отмены состоявшегося по делу решения вследствие или по причине необоснованного отказа суда от устранения от рассмотрения дела.

Еще один важный вопрос, связанный с процедурой отвода, представляет собой распределение бремени доказательства оснований для отвода.

Суды первой инстанции и апелляционные суды по-разному относятся к вопросу об обязанности по доказыванию обстоятельств от вода.

Так, позиция нижестоящих судов зачастую заключается в том, что спорящие стороны несут обязанности по собиранию и представлению в суд доказательств, устраняющих суд от рассмотрения дела, до начала судебного разбирательства, т. е. в целях экономии процессуального времени и затрат сторон. Апелляционные суды считают, что спорящие не обязаны исследовать возможные причины для отвода суда, поскольку судьи, согласно этическим канонам, обязаны раскрыть под протокол информацию, которая, по мнению любого добросовестного судьи, может оказаться в глазах сторон и их адвокатов значимой для целей заявления отвода (Porter v. Singletary, 49 F3d 1483, 1489 (11th Cir.1995) [208].

В исключение из общего правила суды вправе проявлять инициативу в истребовании и исследовании доказательств, которыми могут быть опровергнуты основания для их отвода.

Например, по делу United States v. Morrison (153 F.3d 34 (2d Cir.1998) [209] сторона заявила суду отвод по мотиву конфликта интересов, выразившегося в наличии конкуренции коммерческих интересов между стороной (по делу) и супругом и другом судьи. Судья обратился к ним за разъяснением материалов и информации, полученной от стороны в обоснование заявления об отводе. После неподтверждения ими изложенных фактов судья отказал в удовлетворении заявления об отводе, а апелляционный суд указал на то, что «…не является выходящим за рамки дозволенного попытка судьи удостовериться в вовлечении в конфликт его супруга и друга посредством простого опроса этих лиц, поскольку его целью было намерение удостовериться в наличии или отсутствии фактической подоплеки отвода».

Средствами доказывания или видами доказательств по вопросу об отводе, помимо объяснения суда [210], выраженного в решении по вопросу об отводе, могут являться письменные доказательства (например, публикация в печатных СМИ интервью судьи с оценкой существа или перспектив дела, что противоречит Канону 3А6) [211], аудио- и видеозаписи, подтверждающие обстоятельства отвода, например

факт личных взаимоотношений судьи с участниками процесса, свидетельские показания (например, факт направления судом клерка собирать доказательства по существу делу) [212], экспертное заключение профессора права по вопросу о заинтересованности судьи в деле как лица, владеющего ценными бумагами, что связано с предметом спора [213].

ГПК РФ и АПК РФ не оперируют термином «доказательства» применительно к установлению обстоятельств оснований отвода, однако трудно себе представить аргументацию любого основания для отвода без ссылки или без привязки к доказательствам [214].

Вместе с тем законодатель не указывает на необходимость подтверждения конкретных фактов, являющихся основанием для отвода доказательствами, при том что существует объективная возможность распространения общего правила доказывания, установленного для доказывания юридически значимых обстоятельств дела, на доказывание наличия обстоятельств – оснований отвода судьи. Так, Конституционный Суд РФ неоднократно подчеркивал, что доверие к суду может быть поставлено под сомнение только на основе достоверных и обоснованных доказательств, свидетельствующих об обратном [215].

Представляется, что данный пробел есть следствие несовершенства юридической техники, поскольку никаких объективных причин для неприменения или неиспользования

доказательств в целях обоснования заявления об отводе (в гражданском и арбитражном процессе) не имеется, несмотря на то что доказательственный инструментарий (средства доказывания) для целей подтверждения обстоятельств, с которыми закон связывает устранение судьи от рассмотрения дела, достаточно ограничен: в основном это письменные доказательства. Именно этими доказательствами могут с достаточной степенью достоверности подтверждаться обстоятельства по всем указанным в процессуальном законе обстоятельствам – основаниям для отвода.

Соответственно можно констатировать наличие процессуального сходства в подходе к доказыванию обстоятельств, являющихся основанием для отвода с установлением юридически значимых обстоятельств дела. Лица, участвующие в деле, доказывают обстоятельства, которыми они обосновывают свои требования или возражения; именно эти обстоятельства входят в круг доказывания по делу, формирующийся в зависимости от предмета искового требования.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, купив полную легальную версию на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.