Елена Александровна БОРИСОВА
окончила юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова в 1991 г.
Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, руководитель Школы примирения юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.
Член научно-консультативного совета при Федеральной нотариальной палате. Член экспертной секции Межведомственной рабочей группы по совершенствованию регулирования примирительных процедур (процедуры медиации) Минюста России. Член комиссии Ассоциации юристов России по медиации.
Эксперт по юридическим наукам экспертного совета Московского университета.
Является арбитром МКАС при ТПП РФ, членом коллегии посредников МКАС при ТПП РФ, арбитром Вильнюсского коммерческого арбитражного суда, профессиональным медиатором.
Участвовала в разработке некоторых глав ГПК РФ. Приглашалась в качестве эксперта при рассмотрении Конституционным Судом РФ ряда дел.
Лауреат премии имени И.И. Шувалова.

Каждая судебная инстанция должна заниматься своим делом

Елена Александровна Борисова,
профессор кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук

— Елена Александровна, концепция последовательного обжалования судебных актов была введена в АПК РФ в 2010 году. Идея законодателя понятна: участники процесса должны пройти все предусмотренные арбитражным процессуальным законодательством ступени проверочных производств. Как Вы считаете, верен ли данный подход?

— Вне всякого сомнения, верен. Каждая судебная инстанция должна заниматься своим делом: арбитражный суд первой инстанции — рассматривать и разрешать гражданское дело, арбитражный апелляционный суд — проверять законность и обоснованность не вступившего в законную силу решения по делу путем повторного рассмотрения дела, арбитражный кассационный суд — проверять законность

вступивших в законную силу решения суда, постановления арбитражного апелляционного суда, а Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ — осуществлять контроль законности принятых по делу судебных актов с целью устранения допущенных арбитражными судами при рассмотрении дела существенных нарушений норм права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав.

Условием обращения в арбитражный кассационный суд является исчерпание апелляционного способа обжалования. Это означает, что решение арбитражного суда должно быть предметом рассмотрения в арбитражном апелляционном суде. Вариант, когда арбитражный суд апелляционной инстанции отказал в восстановлении пропущенного апелляционного срока, вызывает сомнения и с точки зрения последовательности обжалования, и с точки зрения продолжительности судебного разбирательства, и с точки зрения судебной нагрузки. Поясню. Пропуск апелляционного производства во многом обусловливает существование такого кассационного основания для отмены судебного акта, как несоответствие выводов суда, содержащихся в решении, фактическим обстоятельствам дела, установленным арбитражным судом первой инстанции. С фактической стороны решение ведь не проверялось, а судебные ошибки (особенно в процессе доказывания) могли быть допущены, что будет свидетельствовать о незаконности принятого судебного акта и необходимости его отмены в кассационном порядке. Кассационный суд в таком случае работает за апелляционный суд — выявляет фактическую и правовую ошибки. Связанный пределами рассмотрения дела (ч. 1 ст. 286 АПК РФ), он не может принять новое решение, а поэтому отменяет его и направляет дело на новое рассмотрение. Если бы эту ошибку выявил апелляционный суд, то он принял бы меры к ее устранению. В результате вместо инстанционного продвижения вверх приходится делать шаги назад, что затягивает рассмотрение дела, а это влияет на правовую определенность, стабильность гражданского оборота. Прямое (минуя апелляционный суд) обращение в кассационный суд влияет на загруженность кассационных судов, и особенно Арбитражного суда Московского округа, который и в 2019-м, и в 2020 г. рассмотрел примерно 30 тыс. жалоб, а уже в первом полугодии 2022 г. — 42 443 жалобы. Во многом причина тому — договорная подсудность (что требует отдельного обсуждения), но и пропуск апелляционного производства нельзя сбрасывать со счетов.

Для обращения в Судебную коллегию по экономическим спорам требуется исчерпание первого кассационного производства. Подтверждением служат предусмотренный п. 1 ч. 2 ст. 291.1 АПК РФ перечень объектов кассационного обращения и необходимость приложить к жалобе копии заверенных соответствующим судом обжалуемых судебных актов, принятых по делу. Закон не требует, чтобы каждое из лиц, участвующих в деле, обращалось с кассационной жалобой в кассационный арбитражный суд, хотя бы потому, что независимо от количества жалоб на постановление арбитражного апелляционного суда постановление арбитражного суда округа будет одно, и именно оно (вместе с другими перечисленными в п. 1 ч. 2 ст. 291.1 АПК РФ) — предмет рассмотрения судьи ВС РФ, судебной коллегии ВС РФ. Перенос акцента с объектов кассационного обжалования (которые должны быть предметом рассмотрения суда) на субъектов кассационного обжалования (которые должны обращаться в суд с жалобой) будет говорить о появлении нового правила поведения (нормы права). Если такое правило сформулирует за-

конодатель — суд его будет применять. Если сформулирует такое правило суд (например, Верховный Суд РФ), то он нарушит конституционные положения о разделении властей. Я уже писала об этом осенью 2022 г.[1] Осенью же и В.М. Лебедев высказался на эту тему, предложив делегатам X Всероссийского съезда судей от ЦФО обсудить возможность дополнения ГПК РФ положениями о том, что кассационная жалоба может быть подана любым участником судопроизводства независимо от того, кем были поданы предыдущие жалобы и в каком объеме обжаловалось судебное постановление[2]. АПК РФ, в силу изложенного выше, таких дополнений не требует. Здесь важно, чтобы судебная практика не нарушала сформулированные законом правила о последовательности обжалования судебных актов арбитражных судов.

— Апелляция в арбитражном и гражданском процессе может быть охарактеризована как смешанная, сочетающая в себе черты полной и неполной. Считаете ли Вы необходимым реформирование апелляционного производства в этой части?

— Я считаю, что не может быть смешанной апелляции. У каждого из названных Вами видов апелляции своя цель, достигаемая соответствующими средствами. У полной апелляции цель — проверить процесс, имевший место в суде первой инстанции, повторить его. Средства достижения такой цели — представление без ограничений доказательств по делу и невозможность отмены решения и направления дела для нового рассмотрения в суд первой инстанции. Примером может служить апелляционное производство, в котором проверялись решения и определения мировых судей (в 2000–2010 гг. в ГПК РФ действовали нормы глав 35.1, 39). У неполной апелляции иная цель — проверка судебного решения. Следовательно, и средства достижения под стать этой цели — запрет представлять новые доказательства, если отсутствуют уважительные причины их непредставления в суд первой инстанции; и поскольку исследование доказательств — прерогатива суда первой инстанции, то апелляционный суд вправе отменить решение и направить дело для нового рассмотрения в суд первой инстанции при отсутствии возможности самостоятельно исправить ошибки факта и права. Примером может служить производство в суде кассационной инстанции, где проверялись не вступившие в законную силу решения федеральных судов общей юрисдикции (в период с 1995 по 2010 г. в ГПК РФ действовали нормы глав 34, 40).

Смешение признаков полной и неполной апелляции вызывает теоретико-практические проблемы апелляционного производства, среди которых: проблема доказывания, проблема повторности рассмотрения дела, в частности, в связи с переходом суда апелляционной инстанции к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции; проблема пределов рассмотрения дела судом апелляционной инстанции; проблема полномочий суда апелляционной инстанции применительно к праву отменить судебное решение и направить дело на

---

[1] См.: *Борисова Е.А.* Последовательность исчерпания способов обжалования судебных актов в арбитражном процессе // Вестник экономического правосудия РФ. 2022. № 9; *Она же.* О последовательности обжалования судебных актов в арбитражном и гражданском процессах (памяти А.Т. Боннера) // Вестник гражданского процесса. 2022. № 4.

[2] См.: https://legal.report/lebedev-rasskazal-o-zakonoproektah-vs-rf-s-popravkami-v-proczessualnoe-zakonodatelstvo/# (дата обращения: 21.06.2023).

новое рассмотрение в суд первой инстанции. На это неоднократно обращалось внимание в публикациях, в том числе и моих[3]. Я убеждена, что только неполная апелляция и деятельность апелляционного суда именно по регламенту неполной апелляции позволят навести порядок в установлении обстоятельств дела. Установить обстоятельства гражданского дела — прерогатива (святая обязанность, если хотите) суда первой инстанции! И именно суд первой инстанции отвечает за полноту, правильность и своевременность такого установления.

— АПК РФ не предусматривает право суда апелляционной инстанции отменить решение и направить дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, однако данное полномочие следует из судебной практики — Постановления Пленума ВС РФ. Следует ли, на Ваш взгляд, закрепить его в процессуальном законе?

— Неоднократно обращала внимание на необходимость в АПК РФ (как и в ГПК РФ) этого полномочия. Во-первых, оно позволяет напомнить суду первой инстанции, что именно он рассматривает дело по существу, решая вопросы права и факта, что именно он отвечает за правильное и своевременное рассмотрение и разрешение дела. Апелляционный суд действует в рамках своих проверочных полномочий, и если это не регламент полной апелляции, то суд не вправе (за исключением, когда он констатирует наличие реальной возможности) исследовать доказательства по делу. В итоге каждый занимается своим делом. Во-вторых, благодаря этому полномочию обеспечивается гарантия права на судебную защиту, доступность правосудия: при выявлении существенного нарушения норм процессуального права — безусловных оснований для отмены судебного решения — решение отменяется и процесс возвращается в суд первой инстанции, что, в свою очередь, гарантирует право апелляционного обжалования судебного решения. Нынешнее положение, когда апелляционный суд осуществляет предусмотренный законом «переход», в результате которого превращается в суд первой инстанции, ничего хорошего не дает ни для апелляционного суда (он занимается не своими делами), ни для суда первой инстанции (он получает возможность работать спустя рукава, ведь в апелляции все исправят), ни для заинтересованных в судебной защите лиц (результаты обращения с жалобой в апелляционный суд непредсказуемы ни относительно хода процесса, ни его итога). Ситуация усугубляется тем, что в административном судопроизводстве рассматриваемое положение в законе закреплено, а в АПК, где суд также рассматривает административные дела, — нет. Перечень случаев, когда апелляционный суд вправе отменить судебное решение и направить дело для нового рассмотрения в суд первой инстанции, определен в п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 30.06.2020 № 12. Пленум предлагает апелляционному суду прибегнуть к аналогии закона — п. 2 ч. 4 ст. 272 АПК РФ. Данная норма предусматривает отмену *определения* арбитражного суда первой инстанции и направление *вопроса* на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции. Ясно, что это не лучшая (особенно с точки зрения сущности и значения судебного решения), но единственная возможность опереться на закон. В АПК РФ неоднократно с 2002 г. вносились изменения. Что препятствует законодательному

[3] См., напр.: *Борисова Е.А.* Апелляционное производство: история, теория, практика // Вестник гражданского процесса. 2021. № 5.

закреплению рассматриваемого полномочия? Опасения «хождения по кругу»? Так это вряд ли случится, если правильно сформулировать норму, дать дополнительные разъяснения арбитражному суду первой инстанции и арбитражному апелляционному суду относительно их полномочий, напомнить суду первой инстанции о существовании частных определений. Посмотрите на статистику судов общей юрисдикции — судов кассационной (второй) инстанции за период 1995–2010 гг. Если в 1995–2002 гг. отменялось и направлялось на новое рассмотрение в суд первой инстанции около 90% дел, то к 2010, 2011 гг. это было уже 59% дел. Это означает, что опасность законодательного закрепления рассматриваемого полномочия апелляционного суда преувеличена.

— На данный момент вступившие в законную силу судебные акты могут быть последовательно проверены трижды: дважды в кассационном и единожды в надзорном порядке. Как Вы относитесь к существованию двух кассационных инстанций?

— С упразднением ВАС РФ в проверке вступивших в законную силу судебных актов по сути ничего не изменилось. Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ взяла на себя полномочия ВАС РФ, который в порядке надзора (читай: в кассационном) проверял вступившие в законную силу судебные акты, обеспечивая тем самым единство судебной практики. У каждого нынешнего кассационного производства (как ранее и у кассационного, и у надзорного) — своя цель. У первой кассации — удовлетворить частноправовой интерес, у второй — публично-правовой. В силу существования десяти арбитражных судов округов судебная практика по тому или иному вопросу может разниться. Известно, что законность не может быть калужская и казанская, а должна быть единая всероссийская. Судебная коллегия старается не допускать разнообразия, формировать единое направление правоприменения, правотолкования. Так что наличие двух кассационных инстанций — во благо как для общества, так и государства.

— Надзорное производство, зародившись в советской правовой системе, задумывалось как экстраординарное. Не следует ли повысить его исключительность, передавая на рассмотрение жалобы не в частных (исправление судебной ошибки), а в публичных (развитие права, формирование правовых позиций) целях?

— Знаете, на одной из недавних конференций судья в отставке, реагируя на критику изменений процессуального законодательства, воскликнул: а что вы, ученые, написали, чтобы улучшить ситуацию? Пришлось задать встречный вопрос: а что Вы и Ваши коллеги читали из написанного? Так вот, и я, и мои коллеги писали, что кассация в Верховном Суде РФ должна стать последним средством правовой защиты[4]. Определения судебных коллегий Верховного Суда РФ, на мой взгляд, не должны подлежать обжалованию. Обращение в Президиум Верховного Суда РФ возможно лишь в интересах закона, но не в интересах сторон по делу.

[4] См., напр.: *Борисова Е.А.* Кассация по гражданским делам: монография. М., 2020.

— В части регулирования примирительных процедур законодатель пошел по диспозитивному пути и избрал следующую формулу: «Примирение сторон возможно на любой стадии арбитражного процесса и при исполнении судебного акта, если иное не предусмотрено Кодексом и иным федеральным законом». Могут и должны ли примирительные процедуры быть свойственны кассационному и надзорному производствам?

— Казалось бы, если сторона дошла до Президиума ВС РФ, то это уже победа. Противник повержен. О каком примирении может идти речь? Но. Нельзя не учитывать господин «случай». Кто знает, может быть, измотанные судебной тяжбой стороны и кинутся друг другу в объятья в судебном заседании Президиума ВС РФ? Не исключено и то, что члены Президиума ВС РФ, войдя в обстоятельства дела, зададутся вопросом: стороны, а не примириться ли вам? Именно поэтому возможность примирения должна существовать. Наряду с правильным и своевременным рассмотрением и разрешением дела задача суда, в том числе и кассационной, и надзорной инстанции, — содействовать мирному урегулированию спора.

— Законодатель предусматривает возможность заключения мирового соглашения на любой стадии арбитражного процесса, при этом предоставляет истцу право отказаться от иска только на стадиях, где рассматриваются как законность, так и обоснованность судебных актов. Какой из принципов арбитражного процесса — законность или диспозитивность — должен превалировать в регулировании проверочных производств?

— Такая постановка вопроса вряд ли возможна. Оба принципа в полной мере действуют на стадиях арбитражного процесса. Отказаться от иска (от материально-правового требования) можно до принятия судебного решения арбитражным судом первой инстанции или арбитражным апелляционным судом. Когда дело разрешено (судьба требования судом определена, решение принято, проверено и вступило в законную силу, стало для сторон частным законом, который надо исполнять), можно отказаться лишь от исполнения решения. Свобода распоряжения материально-правовым требованием имеет (должна иметь) законные ограничения, направленные на обеспечение прав другой стороны, эффективность судебной защиты. Что касается заключения мирового соглашения, то это волеизъявление обеих сторон, направленное на мирное урегулирование спора. Понимание, что решение суда не приведет к сохранению отношений между сторонами, может прийти на любой стадии процесса. А если этому поспособствуют представители сторон, суд, то мирное урегулирование спора может наступить на первых стадиях процесса. В обоих случаях суд осуществляет контроль, проверяя, не противоречат ли закону, не нарушают ли права других лиц отказ истца от иска, мировое соглашение сторон. В обоих случаях имеет место взаимодействие принципов диспозитивности и законности.

— Регламентация деятельности проверочных инстанций в зарубежных правопорядках отлична от подходов, принятых отечественным законодателем. Как Вы считаете, есть ли какие-либо правовые конструкции, которые нам

следовало бы заимствовать для повышения эффективности работы судов «охранительного блока»?

— Есть многое на свете, друг Гораций, что неизвестно нашим мудрецам… Это я к тому, что есть интересные законодательные решения, но они интересны в системе. Если вырвать их из контекста, то ничего хорошего не получится. Агафья Тихоновна из гоголевской «Женитьбы» пыталась составить милый ей образ, но потерпела неудачу.

— Современный арбитражный процесс подвержен постоянному реформированию. Каким Вы видите будущее проверочных производств?

— Принимая во внимание, что теория и практика не очень хорошо взаимодействуют, особенно в деле законопроектной работы, то что-либо прогнозировать вряд ли возможно. Что бы хотелось изменить, я отметила. Из несказанного — было бы правильным исключить из АПК РФ (и ГПК РФ) нормы о праве заместителя Председателя ВС РФ и Председателя ВС РФ влиять на решение судьей ВС РФ вопросов о восстановлении срока на обращение в Верховный Суд РФ в кассационном, надзорном порядках, о передаче дела с жалобой для рассмотрения в судебном заседании судебной коллегии ВС РФ, Президиума ВС РФ. Последовательность и число обращений к должностным лицам ВС РФ, реакция должностного лица ВС РФ на заявление, ее форма и содержание, мотивировка несогласия с выводом судьи ВС РФ по соответствующему вопросу — всё это зависит от дискреционных полномочий должностных лиц ВС РФ. Ссылка на то, что должностные лица ВС РФ действуют на основании жалобы одной из сторон по делу, в установленные законом сроки, не влияет на общий вывод о непроцессуально-правовом характере их деятельности, создающей правовую неопределенность, непредсказуемость обращения в Верховный Суд РФ, влияющей на независимость судьи ВС РФ. Возможность должностных лиц Верховного Суда РФ совершать на стадиях второго кассационного и надзорного производств действия процессуального характера можно назвать процессуально-правовым отклонением от нормы — осуществление правосудия только судом.