

К ВОПРОСУ О РЕЦЕПЦИИ ДОКТРИНЫ ЭСТОППЕЛЬ: ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТ¹

Володарский Даниил Борисович, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Санкт-Петербургского государственного университета

Кашкарова Ирина Николаевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Санкт-Петербургского государственного университета

Аннотация: настоящая статья продолжает серию публикаций о различных видах процессуальных эстоппелей, применяемых российской судебной практикой, с целью оценки потенциала, который одноименная доктрина может иметь для развития гражданского процессуального законодательства. В рамках данной работы исследуется взаимосвязь между процессуальным эстоппелем и принципом процессуальной добросовестности и анализируется такой вид процессуального эстоппеля, как «эстоппель против запоздалого представления средств процессуальной защиты». Авторы приходят к выводу о том, что процессуальный эстоппель, как явление в целом, является отражением корректирующей функции принципа процессуальной добросовестности, а практика применения эстоппеля против запоздалого представления средств процессуальной защиты свидетельствует о недостаточной проработанности процессуальных норм, призванных обеспечить концентрацию процессуального материала на ранних стадиях судебного разбирательства. По итогам сравнительно-правового анализа (США, Германия) исправление соответствующей ситуации авторы видят в более решительном проведении в процессуальном законе начала преклюзивности.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта №19-011-00021.

Ключевые слова: процессуальная добросовестность, процессуальный эстоппель, принцип преклюзивности, концентрация процессуального материала

ON THE ISSUE OF THE ESTOPPEL DOCTRINE IMPLEMENTATION: PROCEDURAL ASPECTS

Daniil B. Volodarskiy, Associate Professor of Civil Procedure at Saint Petersburg State University, PhD in Law

Irina N. Kashkarova, Associate Professor of Civil Procedure at Saint Petersburg State University, PhD in Law

Annotation: this article is one in the set of publications about the different types of procedural estoppels used in the Russian judicial practice. The main goal was the estimation of the positive potential, which the doctrine of estoppel might have for the development of the Russian Law of Civil Procedure. In the present research two subjects were scrutinized: the correlation between procedural estoppels and the principle of good-faith and the use of estoppel instruments against the late presentation of procedural materials before the court. Authors draw a conclusion that procedural estoppel, taken as a whole, should be deemed as an instrument, by which the corrective function of the good-faith principle operates. In its turn the wide application of estoppel against the late presentation of procedural materials discovers, that the normative framework of the Russian Law of Civil Procedure does not sufficiently provide the principle of procedural concentration (the general idea about the duty of the parties to present all means of attack and defense on the early stages of litigation). Based on the comparative analysis (USA, Germany) the authors state that this problem might be cured by the more vigorous implementation of the stage-preclusion principle in the Russian Law of Civil Procedure.

Key words: good-faith in civil procedure, procedural estoppel, stage-preclusion principle, concentration of procedural materials

1. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

1.1. Вопрос о восприятии российским процессуальным правом доктрины эстоппеля не является односложным. Это обусловлено тем, что судебная практика отсылает к данной доктрине в целом ряде разнообразных случаев, для которых не всегда может быть с легкостью найден общий знаменатель.²

Во-первых, эстоппель используется для блокирования запоздалого представления средств процессуальной защиты (иначе – процессуальные средства, процессуальный материал)³. Идея, лежащая в основе его применения, сводится к тому, чтобы побудить заинтересованную сторону к наиболее оперативному использованию принадлежащих ей процессуальных прав, предотвратить затягивание процесса.⁴

Во-вторых, посредством процессуального эстоппеля ограничивается свобода сторон изменять процессуальную позицию по существу тех или иных вопросов, имеющих значение для правильного разрешения дела, а именно – выдвигать доводы (утверждения, отрицания и возражения), несовместимые по своему содержанию с теми, что были выдвинуты ею ранее. Суды ограничивают эту свободу не только в тех случаях, когда стороны выдвигают взаимоисключающие доводы последовательно в рамках одного судебного

² Обзор конкретных примеров применения процессуального эстоппеля российскими судами осуществлен в статье: *Володарский Д.Б., Каишарова И.Н.* Процессуальный эстоппель в практике российских судов (эмпирический анализ) // Вестник гражданского процесса, 2019, №5, Том 9. С. 61- 110.

³ Под процессуальными средствами (процессуальным материалом) надлежит понимать: утверждения, отрицания, возражения (вместе – доводы), встречные иски и подтверждающие их доказательства. Понятие «доводы» не включает в себя аргументацию чисто правового характера.

⁴ Примеры – см. раздел 3.1.

процесса,⁵ но и тогда, когда противоречие наблюдается между позициями, занятыми в разных делах.⁶

Еще одним случаем применения рассматриваемой доктрины (он стоит несколько особняком) является известная правовая позиция, высказанная Президиумом ВАС РФ, согласно которой *«невключение в текст мирового соглашения условий о необходимости выполнения каких-либо дополнительных обязательств означает соглашение сторон о полном прекращении гражданско-правового конфликта и влечет за собой потерю права сторон на выдвижение новых требований (эстоппель), вытекающих как из основного обязательства, так и из дополнительных по отношению к основному обязательств»*.⁷ В этом случае речь идет уже не о несвоевременности осуществления процессуальных прав, и не о смене ранее выдвинутой процессуальной позиции, а об объеме регулирующего воздействия мирового соглашения, как акта, ликвидирующего возникший между сторонами спор.

1.2. Неоднородность случаев применения исследуемой доктрины обуславливает необходимость отдельного рассмотрения каждого из

⁵ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 03.08.2020 №Ф01-10159/2020 по делу № А43-16720/2019, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.04.2019 № Ф01-1242/2019 по делу № А82-10812/2018, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 30.10.2018 № Ф02-4817/2018 по делу № А19-12639/2015, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18.03.2020 № Ф04-541/2020 по делу № А45-7250/2019, Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 07.10.2019 № 07АП-5871/2019(1,2) по делу № А67-2902/2019, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.11.2018 года №Ф07-13957, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.12.2019 №Ф07-14982/2019, Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 19.07.2017 года №33-14029/2017 (доступ через СПС «КонсультантПлюс») и т.д.

⁶ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 11.12.2018 № Ф01-5634/2018 по делу № А29-11041/2017, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 31.10.2019 № Ф02-4510/2019 по делу № А19-17026/2018, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.08.2019 № Ф04-1374/2019 по делу № А46-289/2018, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.12.2018 № Ф04-22775/2015 по делу № А81-2915/2014, Постановление 5 Арбитражного апелляционного суда от 09.12.2019 по делу №А59-1163/2019, Постановление АС Дальневосточного округа от 13.02.2020, дело №А59-1163/2019, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.04.2018 №Ф07- 1614/2018, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.04.2018 №Ф07- 1614/2018, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.03.2020 №Ф04- 6932/2018 Определение Санкт-Петербургского городского суда от 30.08.2011 по делу №33-13222 (доступ через СПС «КонсультантПлюс») и т.д.

⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 № 13903/10 по делу № А60-62482/2009-С7.

отмеченных трендов судебной практики. При этом должны быть учтены следующие факторы.

А. Применяя процессуальный эстоппель в различных ситуациях, судебная практика, как показывает проведенный нами ранее⁸ анализ, не ориентируется на представление о данном правовом явлении, сложившееся в странах общего права. Несмотря на параллели, которые можно провести в ряде случаев с такими видами «классических эстоппелей» и схожих с ним явлений, как *abuse-of-process estoppel* или *implied (constructive) waiver*,⁹ отечественные суды не склонны размышлять о том, применяется ли ими данная доктрина в том виде и на тех условиях, в котором она функционирует в правовых системах стран-доноров. Можно говорить о том, что эстоппель, как категория, получает в судебной практике автономное наполнение («российский процессуальный эстоппель») и рассматривается в качестве инструмента борьбы с процессуальными злоупотреблениями, что находит свое выражение в ссылках на требование процессуальной добросовестности (ч.2 ст.41 АПК РФ, ч.1 ст. 35 ГПК РФ), которые, как правило, предшествуют в судебных актах упоминанию эстоппеля. Выяснение связи между указанным требованием (или, иначе – принципом процессуальной добросовестности) и правовой фигурой эстоппеля в том виде, как она понимается российскими судами, является поэтому предпосылкой любого дальнейшего, более глубокого анализа.

Б. Учитывая отмеченную взаимосвязь между принципом добросовестности и процессуальным эстоппелем, мы не должны удивляться тому, что решения, принимаемые с опорой на последний, зачастую вступают в конфронтацию с

⁸ См. Володарский Д.Б., Каишарова И.Н. Указ.соч., *Те же авторы*. Процессуальный эстоппель в системе общего права // Закон. 2020, № 4. С. 189 - 204; №5. С. 187 - 201.

⁹ Володарский Д.Б., Каишарова И.Н. Указ.соч. // Закон. 2020, №5 С.197-200. Кроме того, стоит напомнить, что единая доктрина эстоппеля в странах англо-американской правовой семьи отсутствует. Речь идет о совокупности различных пресекательных инструментов, объединенных общим именем “эстоппель”, но распадающихся на многочисленные категории, каждая из которых защищает самостоятельные правовые ценности и отличается от смежных условиями своего применения. См., в частности: *Wealken S. The Law of waiver, variation and estoppel*. Oxford University Press, 2002. P. 8–9.

подходами, основанными на содержании процессуального закона.¹⁰ Принцип добросовестности по своей природе диалектически противопоставлен формальному праву и воплощает в себе «приглашение» законодателя к активному судебному правотворчеству, направленному на смягчение ригоризма нормативных предписаний в контексте заслуживающих внимание политико-правовых соображений.¹¹ Задача исследователя в этой связи заключается в том, чтобы ответить на следующие вопросы. Во-первых, в какой мере содержание принципа добросовестности (в его процессуальном измерении) оправдывает декларирование судами правовых позиций, в основе которых лежит эстоппель и посредством которых *корректируются* сложившиеся представления о должном процессуальном поведении. Во-вторых, нехватка каких формальных инструментов процессуального права порождает необходимость обращения к фигуре процессуального эстоппеля. В-третьих, требует ли сумма сформулированных правовых позиций об эстоппеле своей законодательной рецепции на уровне процессуального закона.¹² Последнее могло бы явиться способом лечения тех проблем нормативного регулирования, которые были «диагностированы» обращением практики к доктрине эстоппеля и не смогли быть решены ею путем применения ординарных правовых норм.

В. При поиске ответа на указанные вопросы сама по себе конструкция эстоппеля, используемая судебной практикой, должна оцениваться

¹⁰ Наиболее очевидным примером здесь является правовая позиция о том, что отмена судебного акта, принятого с нарушением правил подведомственности (предметной подсудности), зависит от своевременного выдвижения сторонами соответствующего возражения в суде первой инстанции и не является обязанностью вышестоящего суда *ex officio* во всяком положении дела. См., в частности: *Аргунов В.В.* Ломка правовых устоев или рядовое устранение очередного правового пуризма в судебной практике? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 13.04.2016 № 306-ЭС15-14024 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 8. С. 4 – 10.

¹¹ См. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий в к статьям 1-16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / *А.В.Асосков, В.В.Байбак, Р.С.Бевзенко [и др.]*; отв.ред. *А.Г.Каранетов*. – Москва: М-Логос, 2020 (комментарий к гражданскому законодательству #Глосса.) С.190 (автор комментария – *Каранетов А.Г.*).

¹² Заранее заметим, что после такой формализации на уровне *lex specialis* зафиксированное правило должно утрачивать наименование эстоппеля, ибо его действие получит основание в нормах строгого права (*jus strictum*) и не будет более связано с ограничительным (корректирующим) эффектом принципа добросовестности, дискреционным инструментом которого является эстоппель.

критически. Прежде всего, не исключено, что в некоторых случаях ссылка на эстоппель со стороны судов была излишней и решение могло быть найдено путем применения обычной нормы процессуального права (т.н. «мнимые эстоппели»). В тех же случаях, где использование соответствующей доктрины было оправданно (то есть там, где политико-правовые цели, преследуемые судами, не могли быть достигнуты иначе, чем посредством обращения к специально вырабатываемой судебной доктрине) должно происходить переосмысление соответствующей конструкции в терминах, традиционных для российской правовой системы. Это особенно важно в рамках разговора о формализации (законодательной рецепции) процессуального эстоппеля, ибо даже текстуально представить себе упоминание данного понятия в содержании законодательного акта довольно сложно.

1.3. Настоящая статья не может вместить в себя подробный разбор всех видов процессуального эстоппеля и будет посвящена его первой разновидности – эстоппелю против запоздалого представления средств процессуальной защиты.¹³ В ходе изложения будут очерчены контуры соответствующей доктрины и выявлены те специфические проблемы, которые привели суды к необходимости ее постулирования. Далее, на основе наблюдений сравнительно-правового характера, будет представлен взгляд о путях возможной формализации (законодательной рецепции) данного типа эстоппеля на уровне российского гражданского (арбитражного) процессуального закона. Анализу будет предшествовать изложение авторами своей позиции о взаимной связи между процессуальным эстоппелем (в парадигме его применения российскими судами) и принципом процессуальной добросовестности.

¹³ Другим видам процессуального эстоппеля: эстоппелю против выдвижения взаимоисключающих доводов, эстоппелю из мирового соглашения, будут посвящены следующие публикации.

2. ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ЭСТОПШЕЛЬ

2.1. Прежде всего необходимо проблематизировать саму категорию процессуальной добросовестности. Для этой цели обратимся к одноименному принципу гражданского права, который задает ориентиры для аналогичного дискурса в сфере гражданского судопроизводства,¹⁴ и укажем на два присущих ему ключевых аспекта, придающих ему значение непосредственного регулятора общественных отношений: *ценностного и методологического*.¹⁵

Ценностный аспект принципа добросовестности проявляется в его миссии по смягчению ригоризма формального права в ситуациях, когда неукоснительное следование объективной норме либо безусловная реализация лицом принадлежащего ему субъективного права ведут к явно несправедливым последствиям для иных участников гражданского оборота. Речь идет об уравнивании лежащих в основе классических гражданских институтов начал индивидуализма конкурирующими с ними представлениями об общественной солидарности, которая предполагает «знание о другом, о его интересах», «связанность, согласованность отдельных частных интересов, а также частного интереса с интересом целого; подчинение каждого равномерно идее общего блага».¹⁶

Методологический аспект принципа добросовестности (сам этот принцип может пониматься как «определенная модель юридического метода»)¹⁷ выражается в том, что инструментом нахождения баланса между правовым

¹⁴ См., например, *Грель Я.В.* Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе. Дис. на соискание у.с. к.ю.н. Новосибирск, 2006, с. 14 – 33; *Лебедев М.Ю.* Диффузия цивилистических принципов в гражданское процессуальное право (на примере принципа добросовестности) // Вестник гражданского процесса. 2020. № 3. С. 244 - 260.

¹⁵ Указанное сравнение релевантно, ибо нет оснований предполагать, что с точки зрения функциональных характеристик принцип процессуальной добросовестности будет действовать *mutatis mutandis* иначе, чем одноименный принцип гражданского права.

¹⁶ *Новицкий И.Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. // Вестник гражданского права, №1, 2006, Том 6, с. 131.

¹⁷ См. *Ширвиндт А.М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение. // *Aquum ius*. М., Статут, 2014. С. 223.

«формализмом» и социальной справедливостью является активная деятельность суда, который с опорой на представление о должном (как бы это должное ни понималось), *конкретизирует, дополняет и корректирует* позитивный закон, подлежащий применению при разрешении конкретного дела. Здесь помощником судьи является содержащаяся в законе «генеральная клаузула», содержащая отсылку к принципу добросовестности и создающая внешнюю легитимацию для проявления инициативы по учету социальных интересов, не получивших отражение в тексте правовой нормы.¹⁸

Уместно ли говорить о том, что эти аспекты принципа добросовестности могут проявляться и в сфере гражданского процесса, а сам он (этот принцип) – претендовать на статус регулятора процессуальных отношений? Сомнения могут выражаться в следующем.

Во-первых, в условиях гражданско-правового конфликта стороны поставлены в равное положение в том, что касается как свободного принятия решения о том, будут ли они защищать свои права и законные интересы, так и выбора тех методов, при помощи которых они будут это делать (принцип частной автономии). Нельзя говорить об обязанности каждого из участников процесса *заботиться об интересах своего оппонента* (речь не идет об «игре в поддавки»), между ними отсутствует та социальная взаимосвязь, бережное отношение к которой оправдало бы вмешательство суда, как проводника представлений о доброй совести (социальная взаимосвязь нарушена самим правовым конфликтом). Восстановление нарушенного мира может рассматриваться в качестве одной из целей процесса, как результат выносимого судебного решения (или иного итогового судебного акта), однако внутри судебного поединка стороны должны быть освобождены от «бремени

¹⁸ Примеры таких норм: §242 BGB (Германия), ст.2 ZGB (Швейцария), ч.3 ст. 1 ГК РФ (Россия) и т.д.

социального альтруизма”.¹⁹ Иными словами, можно усомниться в наличии *ценностных* предпосылок для действия здесь принципа добросовестности.²⁰

Во-вторых, представления о дозволенном и недозволенном в процессе должны выводиться не из абстрактного принципа добросовестности, а из детализированных правил процессуального закона. Конкретность процессуального законодательства является *самостоятельной ценностью* (принцип процессуального формализма), ибо посредством него сторонам вручается «дорожная карта», позволяющая им разрабатывать тактику противоборства в условиях исчерпывающего понимания последствий совершаемых ими процессуальных действий (предсказуемости).²¹ Если и существуют какие-либо социальные ограничители индивидуальных устремлений участников противоборства, то они должны найти свое отражение в специальных нормах закона, а не выводиться судами из содержательно неопределенной генеральной клаузулы (*нерелевантность применяемого метода*).²²

Отметим, что законодатель к сформулированным опасениям относится критически, что очевидно в свете положений процессуальных кодексов, содержащих генеральную отсылку к началу добросовестности (часть 2 статьи 41 АПК РФ, часть 1 статьи 35 ГПК РФ). Что стоит за таким решением?

¹⁹ *Schwartz, D.* The Use of the Principle of Good Faith in Civil Procedure, 21(2) Tel Aviv U. L. Rev. 295 (1998). p. 305 – 309, *Шварц М.З.* Некоторые размышления над институтом эстоппель // Информационно-аналитический журнал "Арбитражные споры". 2016. № 1. С. 95 - 99.

²⁰ См. *Goldschmidt*: «все процессуальное поведение свободно от требований морали». *Goldschmidt, Der Prozess als Rechtlage* (1925), p.292 (цитируется по: *Hess B.* Abuse of Procedure in Germany and Austria // Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness. Edited by *Michele Taruffo*. Kluwer Law International, 1999. P.155).

²¹ *Schwartz, D.* Ibid. P.302 – 304, *Шеменева О.Н.* Принцип эстоппель и требование добросовестности при осуществлении доказательственной деятельности по гражданским делам // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. С.343 - 353. В отечественной доктрине детальная регламентация процессуального поведения рассматривается в качестве одного из признаков гражданской процессуальной формы. См. *Осокина Г.Л.* Гражданский процесс. Общая часть. М., Юрист, 2006, с.98.

²² См., напр.: *Гольмстен*: «состязательное начало есть принцип, правило; но коль скоро жизнь указывает на вред, проистекающий от безусловного применения его, оно должно быть ограничено, из него должны быть допущены исключения, причем закон должен их точно определить и отнюдь не допускать аналогического применения их на однородные случаи» (выдел. – Д.В., И.К.). *Гольмстен А.Х.* Состязательные начала гражданского процесса в теории и русском законодательстве, преимущественно новейшем. // Юридические исследования и статьи А.Х.Гольмстена. СПб, Тип.М.М.Стасюлевича, 1894, с.411.

2.2. Как представляется, естественно видеть в правосудии публичный институт, задача которого – исключить спонтанное насилие и проявления неорганизованного самоуправства. Правосудие (и в этом проявляется его *социальная ценность*) представляет собой механизм защиты правовых интересов, построенный на *рациональных* началах, противостоящих «первобытному хаосу» эмоций, которыми может руководствоваться частное лицо, пытающееся разрешить возникший конфликт собственными силами. При этом искомая *рациональность* правосудия проявляется в двух аспектах.

Во-первых, речь идет о создании такой системы производства, которая создает *преимущественную вероятность* того, что победителем из спора выйдет то лицо, на стороне которого находится материальная правда. Для этой цели правовой порядок закрепляет совокупность подходящих и при этом *рационально обоснованных методов*, позволяющих достичь желательного результата процесса – защита правого, а не сильного.²³

Во-вторых, требование *рациональности* касается также внутреннего, иначе говоря, «экономического» устройства правосудия, как деятельности, осуществляемой за счет общества. Издержки налогоплательщиков на содержание судебной системы должны быть *оправданными, не избыточными* с точки зрения декларируемой выше цели правосудия. Это, в свою очередь, обуславливает признание таких ценностей, как быстрота правосудия, процессуальная экономия, эффективность процессуального менеджмента (судебного руководства процессом) и т.д.²⁴

Рациональное устройство процесса, как с точки зрения корреляции применяемых методов поставленной цели, так и с точки зрения оптимальности

²³ Примерами таких средств является частная автономия сторон (способствует накоплению процессуального материала, имеющего значение для правильного разрешения спора), стадийность (постепенное развертывание процессуальной деятельности, соответствующее закономерностям человеческого познания: накопление информации, ее оценка, проверка выводов), состязательная форма процесса (организация разбирательства в виде противоборства сторон перед беспристрастным арбитром) и т.д.

²⁴ Между рациональностью метода и экономической рациональностью могут существовать определенные трения: чрезмерная оптимизация процессуальных процедур и ограничение процессуальных сроков могут создавать препятствия для применения всей палитры возможных процессуальных средств установления истины, в связи с чем важно установление баланса.

его внутренней работы, и является тем общественным благом, что формирует круг автономных процессуальных ценностей, отличных от тех, с которыми мы сталкиваемся, говоря о гражданском праве. Социальный сверхимператив направлен здесь не на укрепление горизонтальных связей, не на обеспечение приемлемого уровня общественной солидарности, а на эффективную работу специального механизма, предназначенного для разрешения споров цивилизованным путем.²⁵

С другой стороны, нельзя отрицать, что декларирование вышеуказанных ценностей («суд правый и скорый») создает спектр разумных ожиданий и у самих участников процесса, ибо дает им основание считать, что в рамках судебного поединка, как *рациональной* деятельности, осуществляемой при участии публичной власти, не могут культивироваться нечестные «правила игры», а к сторонам должны предъявляться требования *сосязательной* добропорядочности. Кроме того, сама по себе процессуальная деятельность способна оказывать негативное экономическое воздействие на тяжущиеся стороны, ибо она связана с несением ими прямых (затраты на ведение процесса) и альтернативных (отвлечение сил от основной экономической деятельности) транзакционных издержек. Несмотря на то, что между сторонами спора отсутствуют прямые процессуальные отношения (доминирующая, хотя и не бесспорная позиция отечественной доктрины), между ними возникает особая социальная связь, которая позволяет предположить существование взаимной обязанности *не причинять друг другу неоправданного вреда*. Отметим, что в формальном законодательстве есть маркеры существования такой обязанности: во-первых, указание на необходимость добросовестного поведения при защите гражданских прав (п.3

²⁵ Представляется, что успех судебной системы в глазах среднестатистического гражданина оценивается именно чрез призму этих двух критериев: справедливость (здесь - способность суда защитить правого) и оптимальность (здесь – способность достичь материальной цели с наименьшими временными и финансовыми издержками), что рельефно описывается посредством выражения «суд правый и скорый». Позитивное законодательство также относит «защиту нарушенных прав» (т.е. действительно существующих прав) и «правильное и своевременное разрешение гражданских дел» к числу основных задач судопроизводства (статья 2 АПК РФ, статья 2 ГПК РФ).

ст.1 ГК РФ), что может восприниматься как сознательное перенесение основанной на соображениях частного права добросовестности в процессуальную сферу (естественно, с учетом специфики состязательного характера последней), во-вторых, наличие имущественных санкций за злоупотребление процессуальными правами, взыскиваемых в пользу процессуального оппонента, а не казны (ст.111 АПК РФ, ст.99 ГПК РФ).²⁶ Наконец, в правовой системе, признающей действие принципа генерального деликта (ст.1064 ГК РФ), существование общеправового запрета на причинение вреда в ходе *любого* социального взаимодействия - явление в известном смысле само собой разумеющееся. Данный запрет, конечно, может знать исключения (ч.3 ст.1064 ГК РФ),²⁷ однако сложно предположить, что подобное исключение может быть оправданным в случаях, когда участник процессуальной борьбы использует принадлежащие ему процессуальные права вопреки их назначению.²⁸ Таким образом, можно говорить, что *ценностный* аспект процессуальной добросовестности должен включать в себя и учет интересов противоположной стороны спора, а не только публичных интересов.²⁹

Возможность использования в гражданском судопроизводстве начал добросовестности с *методологической точки зрения*, то есть как инструмента активного судебного вмешательства по *конкретизации, дополнению и корректировке* процессуального закона, также не представляется чем-то

²⁶ Не стоит забывать и о позиции, согласно которой взыскание судебных издержек с проигравшей стороны также является специфическим инструментом возмещения материального вреда, причиненного возбуждением процесса при отсутствии для этого материально-правовых оснований. См.: *Столяров А.Г.* Судебные расходы как элемент состава гражданской процессуальной ответственности. Автореферат дисс. на соискание у.с. к.ю.н., СПб, 2004. С. 2 – 4.

²⁷ Указанная норма устанавливает, что вред, причиняемый правомерными действиями (к которым можно отнести и действия, совершаемые согласно требованиям процессуального закона), возмещается *лишь в случаях, предусмотренных законом.*

²⁸ Эти рассуждения выводят на проблематику «процессуального деликта», то есть признания за процессуальным поведением способности причинять материальный вред, подлежащий возмещению по правилам главы 59 ГК РФ (см. *Платонова Н.В.* Возмещение вреда, причиненного предъявлением необоснованного иска: к вопросу о материально-правовом значении процессуального поведения // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации.* 2018. № 6. С. 98 – 123).

²⁹ См. сходные рассуждения применительно к процессуальной доктрине Германии: *Аболонин В.О.* Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии., М., Волтерс Клувер, 2009. С. 91 – 97.

невозможным в контексте эволюции взглядов на непререкаемость и беспробельность процессуальной формы.

Так, не вызывает сомнения и закреплена в законе допустимость применения в процессуальном праве аналогии закона и аналогии права (часть 5 статьи АПК РФ, часть 4 статьи 1 ГПК РФ), что дезавуирует представление о беспробельном характере процессуального регулирования. Практика показывает, что соответствующие инструменты применяются как в ситуациях формально-логических³⁰, так и телеологических³¹ пробелов процессуального законодательства.³² В последнем случае судебная активность направлена на корректировку позитивного законодательства (ибо телеологический пробел это – ситуация, в которой норма, позволяющая урегулировать возникшие отношения, имеется, однако в виду их конкретной специфики и анализа целей и принципов нормативного регулирования становится очевидно, что законодатель должен был, но забыл предусмотреть для них иное регулирование)³³, что с позиции юридического метода напоминает корректирующий эффект, возникающий при применении принципа добросовестности. Точно так же, как мы допускаем возможность неточности со стороны законодателя при формулировании текста процессуальной нормы – неточности, которая препятствует достижению политико-правовых целей закона (и для преодоления которой процессуальная форма «раскрывается»), мы должны допустить и возможность «нецелевого» использования предоставленных законодателем процессуальных прав, требующего реакции

³⁰ См., напр. п.2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 № 57 "О некоторых вопросах применения законодательства, регулирующего использование документов в электронном виде в деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов", пункт 19 "Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2020)".

³¹ См., напр. п.2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 № 56 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов", п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств".

³² См. различие: *Быдлински Ф.* Основные положения учения о юридическом методе // "Вестник гражданского права", 2006, №2, с.190 – 194.

³³ См. Там же. С. 191 – 192.

со стороны правопорядка, пускай и вопреки соображениям формальной законности.

Конечно, рациональное устройство гражданского судопроизводства, являющегося ценностным наполнением принципа процессуальной добросовестности, представляет собой, прежде всего, цель, стоящую *перед законодателем*, определяющим нормативное содержание процессуального кодекса.³⁴ В этой связи сам закон должен исключать существование таких элементов процессуального механизма, которые бы могли быть использованы ему же во вред. Вместе с тем, оптимальное регулирование - недостижимый идеал; к тому же невозможно предусмотреть заранее все возможные способы недобросовестного использования процессуальных прав и нормативно запретить их (это и нецелесообразно, ибо любой запрет может породить практику его обхода, что потребует новых изменений), в связи с чем неизбежно обращение к генеральной клаузуле, как способу решить проблему путем применения оценочной нормы.³⁵

Таким образом, принцип добросовестности заслуживает легитимной «прописки» среди прочих принципов гражданского судопроизводства в качестве дополнительного регулятора процессуальных отношений (путем реализации судом дискреционных полномочий) в тех ситуациях, когда осуществление процессуальных прав (основанное на нормах *строгого* процессуального права) вступает в противоречие с предназначением судебной процедуры, как средства правильного и эффективного разрешения споров, а

³⁴ Это верно так же и для материального законодательства, ибо «принцип права дает законодателю ориентир – какого рода содержание должны иметь принимаемые им нормы права»; регулирующее воздействие принципов права «носит опосредованный характер, так как принципы права “растворяются” в регулятивных и охранительных нормах и регулируют общественные отношения через них» (Нам К.В. Принцип добросовестности как правовой принцип // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. с.101).

³⁵ Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Автореферат дисс. д.ю.н., СПб, 2009, С. 26 – 29.

также причиняет неоправданный (с точки зрения целей деятельности по отправлению правосудия) вред иным участникам процесса.³⁶

2.3. Теперь о взаимосвязи данного принципа и процессуального эстоппеля, которая также может быть выявлена путем проведения уместных аналогий с доктриной, сложившейся в сфере гражданского права. Эстоппель рассматривается там как один из инструментов, через который требование добросовестности противопоставляет себя действию формального права. Конкретно речь идет о его (принципа добросовестности) ограничительной (или корректирующей) функции, что выражается в блокирующем эффекте эстоппеля по отношению к субъективному праву, реализация которого подрывает разумные ожидания контрагента, основанные на предшествующем поведении правообладателя, и становится для него (контрагента) источником экономических потерь.³⁷ Иными словами, защищается взаимное доверие, которое как *ценностная* предпосылка экономического взаимодействия ставится выше нормативно обоснованной правовой легитимации, причем делается это со ссылкой на «открытые» нормы гражданского законодательства – части 3 статьи 1 и части 1 статьи 10 ГК РФ (в этом находит свое проявление особая *методология* принципа добросовестности). Указанный инструмент таким образом приобретает ярко выраженный *превентивный* характер, ибо воздействует на поведение участников гражданского оборота еще до того, как проявляются негативные последствия их социального «оппортунизма».

³⁶ Некоторые ученые идут далее и говорят, со ссылкой на зарубежный опыт, о необходимости постулирования (как одной из эманаций принципа добросовестности) *принципа сотрудничества сторон и суда* в гражданском процессе, целью которого является «создание общей атмосферы взаимодействия между судом и сторонами, при которой действия всех участников процесса будут максимально направлены на скорейшее выяснение всех обстоятельств дела и принятие судом законного и обоснованного решения» (см. *Аболонин В.О.* Принципы добросовестности и сотрудничества в «новом» гражданском процессе // *Арбитражный и гражданский процесс*, 2013, №8; *Греггер Р.* Сотрудничество как процессуальная максима // *Закон*. 2016. № 1. С. 76 - 83).

³⁷ См. *Нам К.В.* Эстоппель в контексте принципа добросовестности. // *Закон*, №4, апрель 2020, С.42; *Муллина Ю.Н.* Эстоппель и другие формы воплощения противоречивого поведения в частном праве: сравнительно-правовой анализ (раздел 3.1.) // *Опыты цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков.* М.: Статут, 2018. Вып. 2. // Доступ с использованием СПС «Консультант Плюс»; *Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1-16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0]* (комментарий к гражданскому законодательства #Глосса.). С.745 - 746 (авторы комментария – *Каранетов А.Г., Федоров Д.В.*).

Это позволяет *mutatis mutandis* определить то место, которое процессуальный эстоппель может занимать в системе иных процессуальных явлений. Как и в материальном праве эстоппель в процессе рассматривается как проявление ограничительной (корректирующей) функции принципа добросовестности, посредством которого лицо ограничивается в реализации формально принадлежащего ему субъективного (в данном случае – процессуального) права. Однако цель его применения обусловлена автономным содержанием данного принципа в его процессуальном измерении – его направленностью на защиту рационального устройства процесса как механизма правильного и эффективного разрешения правовых споров, а также предупреждение причинения неоправданного (в свете целей и задач правосудия) вреда иным участникам судебного разбирательства. Не являясь эксклюзивным инструментом противодействия недобросовестному, но формально правомерному поведению участников процесса (закон знает и имущественные санкции, налагаемые за нарушение открытой нормы о добросовестности), процессуальный эстоппель заимствует у своего материального прототипа *превентивную* функцию, ибо направлен на предупреждение вредоносного поведения *ex ante*.^{38,39}

В различных ситуациях применения процессуального эстоппеля конкретный объект защиты обладает определенной спецификой. Так, когда мы говорим об эстоппеле против запоздалого представления средств процессуальной защиты, речь идет о противодействии порционному внесению сторонами

³⁸ Это необходимо в соображениях эффективности, ибо наложение имущественных санкций – явление, редко встречающееся на практике, а угроза их применения вряд ли отвращает сторону от злоупотреблений, тем более, что перераспределение судебных издержек (имущественная санкция статьи 111 АПК РФ) не всегда способно иметь отвращающее воздействие на нарушителя, если он является лицом, проигрывающим тяжбу (то есть и так несет на себе обязанность по их компенсации другой стороне). См. *Грель А.Я.* Указ.соч. С. 114; *Taruffo M.* General Report. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness // Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness. Edited by *Michele Taruffo*. Kluwer Law International, 1999. P.23.

³⁹ Это, в свою очередь, ставит вопрос о том, должна ли быть в процессуальном законодательстве соответствующая преклюзивная санкция за нарушение правила, сформулированного в генеральной клаузуле (ст.35 ГПК РФ, ст. 41 АПК РФ) – аналогично тому, как это делает пункт 2 статьи 10 ГК РФ. В АПК РФ (ч.5 ст. 159) такая преклюзивная санкция установлена для случаев запоздалого использования средств процессуальной защиты.

процессуального материала (т.н. практике оттягивания разбирательства, *dilatory practices*), что в глазах судов необходимо для обеспечения экономного расходования публичных ресурсов и избавления противоположной стороны от не обусловленных необходимостью экономических издержек, вызванных непрекращающейся «драмой» судебного разбирательства. Эстоппель против представления несовместимых друг с другом процессуальных средств представляет собой инструмент борьбы против «нечистоплотного» процессуального противоборства и т.д. Таким образом, то, что на абстрактном уровне представляет собой единство (идея о предотвращении исходящей от сторон угрозы *рациональному* устройству правосудия), на уровне конкретных проявлений требует самостоятельного рассмотрения на предмет выявления специфических предпосылок, становящихся триггером для задействования обсуждаемой доктрины.

Прежде, чем мы перейдем к такому анализу применительно к *эстоппелю против запоздалого представления средств процессуальной защиты*, сделаем два дополнительных замечания о границах, в которых может проявлять себя доктрина эстоппеля в сфере гражданского судопроизводства.

Во-первых, представляется недопустимым блокировать со ссылкой на принцип добросовестности (то есть путем активного применения судами оценочной нормы) реализацию тех процессуальных прав, которые являются базовыми для гражданского процесса и обеспечены конституционными гарантиями. Так, например, на уровне судебной практики не могут быть сформулированы правила, допускающие отклонение на этапе их предъявления заведомо необоснованных исков и апелляционных (а для первой кассации – кассационных) жалоб. Тем самым затрагивалось бы конституционное право на доступ к суду (статья 46 Конституции РФ), что возможно лишь путем принятия политико-правового решения на уровне

закона, определяющего иные (по сравнению с существующими) условия реализации соответствующего права.⁴⁰

Во-вторых, уместно говорить и о том, что принцип процессуальной добросовестности может препятствовать реализации сторонами процессуальных прав лишь в случаях их виновного поведения.⁴¹ Это связано с тем, что лицо, полагающееся на норму процессуального закона и осуществляющее свое процессуальное право, лишь тогда должно пасть «жертвой» корректирующего принципа, когда можно предположить, что оно пренебрегает духом закона, теми ценностями, которые стоят за ним. В иных случаях позитивно установленные параметры процессуальной формы должны выступать достаточной гарантией того, что действия стороны достигнут своей цели и не будут заблокированы судом (либо станут поводом для наложения иных санкций).⁴²

3. ЭСТОПШЕЛЬ ПРОТИВ ЗАПОЗДАЛОГО ПРЕДСТАВЛЕНИЯ СРЕДСТВ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ

⁴⁰ См. аналогично: Румак В. Принцип добросовестности призван разрушать правила [Интервью с А.В. Ильиным] // Закон. 2018. N 4. С. 6 – 16.

⁴¹ Указанный вопрос является предметом дискуссии: Васьковский говорил об умысле, как о субъективном условии злоупотребления процессуальными правами (Указ.соч. С. 677 – 678). Юдин, сначала говоривший о любой форме вины (Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. - СПб., 2005, с.120), позднее в работе 2009 года встал на точку зрения Васьковского (Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Автореферат дисс. д.ю.н., СПб, 2009, с.31). Грель, в свою очередь, утверждает, что потенциальное злоупотребление правом может иметь место «даже при отсутствии вины в действиях управомоченного, когда им нарушаются объективные масштабы справедливости» (Грель А.Я. Указ. Соч. С. 27). Мы склонны считать, что вина является необходимым условием процессуального злоупотребления (невиновного должна защищать жесткость процессуальной формы), однако в зависимости от конкретного «состава» форма вины может меняться: при ординарных злоупотреблениях (например, несвоевременное использование процессуальных средств) достаточно небрежности, **которая при наличии объективных признаков злоупотребления должна презюмироваться**; для таких «процессуальных деликтов», как предъявление заведомо необоснованных исков (что имеет значение не для применения превентивной санкции, которая в отечественном законе для этого случая не установлена, а лишь в контексте привлечения к гражданской процессуальной ответственности по составу, предусмотренному ст. 99 ГПК РФ), очевидно требуется умысел.

⁴² Это является отступлением от тех подходов, которые сложились в материально-правовой доктрине эстоппеля, где виновность со стороны лица, создающего разумные ожидания у контрагента, не является необходимым реквизитом. См.: Нам К.В. Указ.соч. С.42 – 43; Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1-16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] (комментарий к гражданскому законодательства #Глосса.) С. 224 – 226 (автор комментария – Каранетов А.Г.).

3.1. Общие контуры и причины появления судебной доктрины

3.1.1. Все случаи применения данного вида эстоппеля, встречающиеся в судебной практике, можно условно разделить на две группы:

(1) эстоппель против запоздалого представления *чисто процессуальных возражений*:⁴³ о нарушении правил предметной или территориальной подсудности, досудебного порядка урегулирования спора, установленного порядка извещения сторон о начатом деле и т.д. Такие возражения выдвигает ответчик, желающий «оптового» аннулирования всех предшествующих действий суда по разрешению гражданского спора без оценки их правомерности и обоснованности в каком-либо другом отношении.

(2) эстоппель против запоздалого представления *процессуальных средств, касающихся материального содержания спора*: новых, не звучавших ранее материально-правовых доводов, несвоевременное представление новых доказательств, запоздалое предъявление встречного иска и т.д. Здесь речь идет о блокировании действий сторон *по существу спора*, целью которых не является оспаривание легитимности процессуальной деятельности в целом.

Не оценивая пока необходимость использования конструкции эстоппеля во всех приведенных ситуациях (этот анализ дан ниже: п.3.1.2. – 3.1.6.), отметим, что складывающаяся судебная практика имеет в своем основании идею о внутреннем разделении процессуальной деятельности на отдельные логические этапы, совершающиеся в определенной временной последовательности. Сама по себе эта идея является базовой для отечественного процесса, что выражается, прежде всего, в его делении на различные стадии, каждая из которых призвана выполнять определенную функцию.⁴⁴ Отсюда и возникающие в ряде случаев формальные барьеры для использования тех процессуальных средств, которые имелись на

⁴³ В классической литературе эти возражения называются *процессуальными отводами*: см.: Анненков К.Н. Опыт комментария к уставу гражданского судопроизводства Т.III. СПб., Типография М.М.Стасюлевича, 1887, с. С. 33 и далее.

⁴⁴ Осокина Г.Л. Указ.соч. С.89

предшествующей стадии, но были упущены: например, невозможность предъявления новых доказательств в суде апелляционной (по общему правилу) и кассационной (безусловно) инстанции (ч.2 ст.268, ст.286 АПК РФ, ч.1 ст.327.1, ст.379.6 ГПК РФ), недопустимость изменения оснований и предмета иска, предъявления встречного иска за пределами разбирательства в суде первой инстанции (ст.ст. 49, 132 АПК РФ, ст.ст. 39, 137 ГПК РФ) и т.д.

Закону известны также ситуации дальнейшего внутреннего дробления (сегментации) процесса, когда уже в рамках одной стадии (не доходя до ее завершения), возможность совершения процессуального действия, не реализованная в определенный момент времени, может быть упущена. Так, отводы судье должны быть заявлены до рассмотрения дела по существу – в дальнейшем такая возможность предоставляется, лишь если основание для отвода стало известно заявителю после начала разбирательства (но и в этом случае, по смыслу закона, отвод должен быть заявлен незамедлительно) (ч.2 ст.24 АПК РФ, ч.2 ст.19 ГПК РФ). Ссылка на арбитражное соглашение в целях переноса спора в третейский суд должна быть совершена не позднее дня представления первого заявления по существу спора в суде первой инстанции (п.5 ч.1 ст.148 АПК РФ, абз.6 ст.222 ГПК РФ). Примеры можно умножать.

В этом смысле ситуации эстоппеля обсуждаемого вида (когда речь идет о подлинных, а не мнимых случаях его применения – об этом дальше) представляют собой дальнейшее «развитие» положений процессуального закона, структурирующего судебное производство как последовательность логических шагов. Причем делается это вопреки его (закона) буквальному содержанию, не предусматривающему тех временных ограничений, которые появляются в контексте применяемой судами доктрины, а обоснованием такой корректировки объявляется генеральная клаузула процессуального кодекса и ссылка на злоупотребление правом. Разберем это на отдельных, наиболее типичных, примерах.

3.1.2. Эстоппель против несвоевременного возражения о ненадлежащей подведомственности (предметной подсудности) спора.⁴⁵ Для данного возражения формальное право в принципе не указывает временных пределов его заявления. Подведомственность (предметная подсудность) является элементом правоспособности суда по рассмотрению дел определенной категории, а соблюдение соответствующих правил представляет собой условие реализации права на предъявление иска (до реформы процессуального законодательства 2018 года – предпосылкой права на предъявление иска). Они устанавливаются *rationae materiae* “в интересе общем, государственном”, поскольку являются отражением правовой политики по вопросу о функциях и соотношении между собой различных ветвей и звеньев судебной системы, и “потому отличаются характером императивным”⁴⁶ (в отличие от территориальной подсудности, которая устанавливается *rationae personae*, то есть в интересах и для удобства тяжущихся сторон, а потому может быть изменена посредством заключения пророгационного соглашения). Классический подход связывает с нарушением правил подведомственности (предметной подсудности) вывод о ничтожности состоявшегося процесса и безусловное основание для отмены вынесенного решения,⁴⁷ в связи с чем само это возражение относится к категории напоминаний суду о том, что он и так должен учесть *ex officio* в любом положении дела, и, стало быть, не может быть «просрочено».⁴⁸

⁴⁵ Определение СКЭС ВС РФ от 13 апреля 2016 г. по делу № 306-ЭС15-14024, А57-12139/2011 // СПС «КонсультантПлюс», Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 28.08.2019 N Ф06-50715/2019 по делу N А55-30906/2018, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 04.06.2020 N Ф06-59877/2020 по делу N А65-19949/2019

⁴⁶ Анненков К.Н. Указ.соч. Т.1. С.8 – 9.

⁴⁷ См. Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 № 144-О-П "По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки Халимбековой Шамалы Шарабутдиновны положениями части 4 статьи 39, статей 270, 288 и 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации". Конституционный Суд РФ указал, что “решение, принятое с нарушением правил подсудности, не может быть правильным, поскольку оно - вопреки статье 47 (часть 1) Конституции РФ принимается судом, не уполномоченным в силу закона на рассмотрение данного дела, что <...> является существенным (фундаментальным) нарушением, влияющим на исход дела и искажающим саму суть правосудия”. Несмотря на то, что в соответствующем деле речь шла о нарушении правил территориальной подсудности, сформулированная правовая позиция а fortiori распространяется и на случаи нарушения правил о подведомственности (предметной подсудности).

⁴⁸ Аргунов В.В. Указ. соч.

Альтернативный подход, выдвигаемый судебной практикой, принимает во внимание соображения экономии судебных ресурсов и недопустимости излишнего формализма (нецелесообразность аннулирования результатов судебной деятельности лишь в целях обеспечения юридической чистоты процедуры), полагая, что они перевешивают значение вышеназванных факторов. Учет данных соображений осуществляется путем *выделения* (вопреки положениям формального права) *временного сегмента* в общем ходе процесса, когда соответствующее напоминание заинтересованной стороной должно быть произведено (в суде первой инстанции, а по мнению некоторых судов – в начале производства в суде первой инстанции),⁴⁹ а упущение дает возможность игнорировать допущенную судом ошибку. Инструментом корректировки формального закона (или, иначе – блокирования субъективного процессуального права на исправление судебной ошибки) становится эстоппель, а поводом для его применения – упрек в недобросовестности субъекта, который выдвигает соответствующее возражение, как правило, после того, как разбирательство начинает складываться для него неудачным образом (хотя из судебной практики до конца неясно, рассматривает ли она это последнее условие в качестве конститутивного элемента данного эстоппеля).⁵⁰

3.1.3. Эстоппель против несвоевременного возражения о ненадлежащей территориальной подсудности.⁵¹ В данной ситуации необходимость

⁴⁹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.11.2018 N Ф05-20176/2018 по делу N А40-200515/17

⁵⁰ Отметим сходство правовых эффектов, возникающих между применением данного эстоппеля, «исцеляющего» ничтожный процесс (ввиду пассивности заинтересованной стороны и в целях экономии публичных ресурсов) и эстоппеля из п.5 ст. 166 ГК РФ, «исцеляющего» ничтожную сделку (в целях защиты разумных ожиданий сторон, вызванных активным поведением контрагента). В обоих случаях применение преклюзивного эффекта, основанного на поведении одного из участников социального взаимодействия, может быть поставлено под сомнение ввиду того, что ничтожность защищает публичный интерес и потребность в такой защите не может ставиться в зависимость от тех или иных действий частного лица. См.: *Ширвиндт А.М.* Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом. Изобретение судов, закрепленное в законе // *Арбитражная практика.* 2015. № 7. С. 24-41. В случае с процессуальным эстоппелем сомнения подтверждаются еще и тем, что речь идет о конституционном праве на законный суд (статья 47, часть 1 Конституции РФ), которое не может быть ограничено ссылкой на принцип процессуальной добросовестности.

⁵¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 23.04.2013 №1649/13. Аналогичная позиция – пункт 37 Постановления Пленума ВС РФ от 19.06.2012 №13 "О применении судами норм гражданского

использования эстоппеля является неочевидной, ибо утрату возможности ссылаться на ненадлежащую территориальную подсудность после того, как лицо приняло участие в процессе по существу спора, можно объяснить иными способами.

Во-первых, как говорилось выше, стороны обладают правом изменения территориальной подсудности путем заключения пророгационного соглашения. Такое соглашение заключается до и вне процесса и, следовательно, соответствующие отношения регулируются нормами гражданского законодательства,⁵² допускающими совершение сделок путем конклюдентных действий (п.2 ст.158 ГК РФ)⁵³. Предъявление иска в суд, который с точки зрения правил территориальной подсудности некомпетентен рассматривать спор, и участие (без выставления возражений о неподсудности) ответчика в разбирательстве должно рассматриваться как заключение пророгационного соглашения активными конклюдентными действиями (либо расторжение пророгационного соглашения активными конклюдентными

процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции". Суть позиции: довод о неподсудности, как основание для отмены судебного акта в апелляционном порядке, эффективен лишь если он заявлялся в суде первой инстанции. Пункт 28 Постановления Пленума ВС РФ от 30.06.2020 №12 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции" уточняет: основание для отмены имеется лишь если у лица не было возможности сделать заявление о неподсудности (например, вследствие неизвещения). В том случае, если лицо сделало заявление о неподсудности, но в удовлетворении его было отказано, это – основание для подачи апелляционной жалобы на соответствующее определение. Если лицо этой возможностью (инцидентным правом на апелляционное обжалование) не воспользовалось, оно его теряет и не может выставить это нарушение в качестве основания для подачи ординарной апелляционной жалобы на решение суда. Обращает на себя внимание, что в указанных актах судебское толкование несвоевременность понимается как «незаявление возражения в суде первой инстанции». В то же самое время, когда избранная подсудность оспаривается по основанию «искусственное изменение подсудности» (см. пункт 52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.12.2020 № 45 "О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве") своевременным является возражение, выдвинутое «до представления первого заявления по существу спора в суде первой инстанции». Дифференциация подходов не имеет логического оправдания.

⁵² Грель А.Я., Соглашение о подсудности в гражданском процессуальном праве // "Арбитражный и гражданский процесс", 2005, № 8; Чупрунов И.С. Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений // Вестник гражданского права. 2011. № 6. С. 62 - 101. Сторонники процессуальной теории юрисдикционных (третейского, пророгационного) соглашений говорят о возможности применения к ним норм ГК РФ о сделках по аналогии. См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы. Тенденции. Перспективы. М., Волтерс Клувер, 2005. С. 349 – 341.

⁵³ При этом даже если речь идет о сделке, однозначно требующей простой письменной формы (например пророгационное соглашение между юридическими лицами), ее несоблюдение не влечет ее недействительности, а санкция п.1 ст.162 ГК РФ (запрет ссылаться на свидетельские показания) здесь неприменима, так как совершение действий происходит перед лицом суда.

действиями – если иск был подан по общим правилам территориальной подсудности, несмотря на ранее заключенное пророгационное соглашение), что исключает необходимость обращаться к эстоппелю, как корректирующему формальное право инструменту.⁵⁴ Потребность в эстоппеле, однако, может возникнуть в ситуациях, когда ответчик не принял участие в разбирательстве и не направил возражения о нарушении правил подсудности. В таком случае говорить о заключении пророгационного соглашения невозможно, поскольку закон не признает, по общему правилу, конклюдентного значения за пассивным поведением (отсутствие признаков волеизъявления) (п.3. ст.158 ГК РФ).⁵⁵ А если так, то для пресечения права на возражение (которое формально должно сохраняться на всех этапах судебного разбирательства, поскольку свидетельствует о нарушении требований к компетенции суда), требуется помощь со стороны доктрины процессуальной добросовестности.⁵⁶

Во-вторых, потребность в применении эстоппеля (основанная на «методологии» принципа добросовестности) может преодолеваться путем использования иного метода корректировки законодательства, а именно, применения процессуального закона по аналогии (ч.5 ст. 2 АПК РФ, ч.1 ст.1 ГПК РФ). В настоящем случае имеются предпосылки для этого, если принять во внимание содержание упомянутых выше норм (п.5 ч.1 ст.148 АПК РФ, абз.6 ст.222 ГПК РФ), регулирующих порядок своевременного выставления возражения о недопустимости рассмотрения спора государственным судом при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения. Ввиду схожей природы данного соглашения и соглашения о подсудности (оба объединяются под общей рубрикой юрисдикционных соглашений) можно

⁵⁴ Президиум ВАС РФ в указанном постановлении одновременно сослался и на доктрину эстоппель и на пророгацию конклюдентными действиями, что в свете сказанного представляется некорректным.

⁵⁵ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации / В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко, С.Л. Будылин и др.; отв. ред. А.Г. Каранетов. М.: М-Логос, 2018. [Электронное издание. Редакция 1.0] С.206. (автор комментария к ст. 158 – Каранетов А.Г.).

⁵⁶ Указанное объяснение также не сработает и в случаях нарушения правил исключительной территориальной подсудности, которая не допускает дерогации посредством соглашения сторон, здесь также необходима помощь эстоппеля.

констатировать наличие телеологического пробела и распространить действие указанных положений на рассматриваемую ситуацию. Потребность в ссылке на принцип добросовестности в такой ситуации отпадает.⁵⁷

Так или иначе, и здесь эстоппель (или то, что судами понимается как эстоппель) используется в целях уточнения *особого временного промежутка* в рамках общего хода процесса, в течение которого только и может быть поставлен вопрос о территориальной подсудности.⁵⁸

3.1.4. Эстоппель против несвоевременного заявления о несоблюдении досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного законом.⁵⁹ В этой ситуации буквальное содержание процессуального закона также не исключает выдвижение такого возражения на поздних этапах судебного разбирательства или даже в вышестоящем суде. Это связано с тем, что несоблюдение досудебного порядка является основанием для возвращения искового заявления (то есть опять-таки проверяется судом *ex officio*), а если данное нарушение выявлено по ходу разбирательства – для оставления искового заявления без рассмотрения (п.2 ч.1 ст.148 АПК РФ, абз.2 ст. 222 ГПК РФ), решение о чем может быть принято и в апелляционной (п.3 ст. 269 АПК РФ, п.3 ст. 328 ГПК РФ), и в кассационной (п.6 ч.1 ст. 287 АПК РФ, п.3 ч.1 ст. 390 ГПК РФ) инстанциях. Обусловленность такого развития события активными действиями ответчика в начале судебного разбирательства законом не закреплена. А если так, – налицо уместность эстоппеля как способа корректировки неадекватного, по мнению судов, законодательного

⁵⁷ О различиях в методологии восполнения телеологического пробела посредством аналогии закона и корректировки права со ссылкой на правовой принцип см.: *Карпетов А.Г.* (отв.ред.). Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1-16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации с. 464 – 465, 471- 473. (автор комментария – *Карпетов А.Г.*)

⁵⁸ Против блокирования возражения о несоблюдении территориальной подсудности могут быть высказаны те же замечания, что и в отношении аналогичного возражения, основанного на правилах предметной подсудности (нарушение конституционной гарантии на рассмотрение спора законным судом), если только мы не объясняем преклюзивный эффект через конклюдентное заключение пророгационного соглашения.

⁵⁹ См., напр.: Постановление АС Северо-Западного округа от 26 ноября 2018 г. № Ф07-11801/2018 по делу № А52-4002/2017 // СПС «Консультант Плюс», {Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 02.07.2020 N Ф07-5567/2020 по делу N А13-6784/2019, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 04.10.2018 N Ф06-37443/2018 по делу N А12-4209/2018, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.07.2015 по делу N 306-ЭС15-1364, А55-12366/2012,.

регулирования, путем вменения добросовестному участнику процесса обязанности заявить возражение *на раннем этапе судебного разбирательства*.

3.1.5. Эстоппель против несвоевременного выдвижения новых доводов (утверждений, отрицаний, возражений) и доказательств. Здесь следует различать две категории встречающихся в практике случаев: (а) когда новые доводы и доказательства представляются в суд вышестоящей инстанции⁶⁰ и (б) когда это происходит на позднем этапе рассмотрения дела в суде первой инстанции.⁶¹

Применительно к первой ситуации потребность в ссылке на эстоппель может быть подвергнута сомнению, поскольку право представления новых доказательств в апелляции ограничено, а в кассации, являющейся «судом права, а не факта», отсутствует вовсе в силу специальных положений процессуального закона. Тем не менее, в некоторых случаях потребность в корректирующей функции принципа добросовестности может иметь место и здесь в силу недостаточной четкости правовых норм, регулирующих производство по пересмотру судебных актов.

Так, часть 2 статьи 268 АПК РФ (аналогично – абз. 2 ч.1 ст.327 ГПК РФ) указывает на недопустимость представления в суд апелляционной инстанции *новых доказательств*, не упоминая невозможность предъявления *новых доводов*, которые могут выдвигаться стороной и без представления новых доказательств: например, в ситуациях, когда соответствующие новые доводы сторона пытается обосновать уже имеющимися в деле доказательствами, либо, когда новые доводы не нуждаются в доказывании (это имеет место в случае выдвижения отрицания, не совершенного в суде первой инстанции, в силу

⁶⁰ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 25.12.2019 по делу N 88-2300/2019, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29.10.2020 N Ф09-6261/20 по делу N А60-39864/2019, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10.12.2019 N Ф08-10036/2019 по делу N А15-5078/2017, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.12.2019 N Ф07-14982/2019 по делу N А56-23680/2019

⁶¹ См., напр.: Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 07.10.2019 N 07АП-5871/2019(1,2) по делу N А67-2902/2019

чего утверждаемый противоположной стороной факт был принят без доказательств – ч.3.1. ст.70 АПК РФ).⁶² Буквальное содержание вышеуказанных норм не выставляет для этого препятствий, хотя это противоречит общему смыслу процессуального закона, согласно которому стороны обязаны приложить все усилия для концентрации процессуального материала в ходе разбирательства в суде первой инстанции (что включает в себя обязанность исчерпывающим образом представить именно там все утверждения, отрицания и возражения, определяющие объем гражданского спора). Как представляется, эстоппель – пригодный инструмент для того, чтобы устранить зазор между неточной формулировкой закона и соображениями рационального устройства процесса (хотя альтернативно для тех же самых целей можно было использовать и расширительное толкование вышеуказанных норм).

Применительно ко второй ситуации, а именно, – представление новых доводов и доказательств на поздних этапах разбирательства в суде первой инстанции, – то здесь, как представляется, наиболее отчетливо выражено желание судебной практики *рационализировать* процессуальный регламент путем введения дополнительных правил о *внутренней сегментации* процесса. Очевидно стремление к тому, чтобы необходимый процессуальный материал, определяющий объем спора, концентрировался в деле в самом начале разбирательства, а у сторон отсутствовала бы возможность без каких-либо ограничений «вбрасывать» новые доводы и доказательства вплоть до последнего заседания по делу.

Проблема с применением для этих целей эстоппеля (т.е. дискреционного инструмента, основанного на принципе процессуальной добросовестности) связана с тем, что по крайней мере в арбитражном процессе желаемого результата, на первый взгляд, можно достигнуть путем применения

⁶² См. подробнее: Макаров П.Н. Исключение новых процессуальных средств в апелляционной инстанции (de lege ferenda) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2015, №8. С. 112 – 134.

инструментов строгого права, а именно положений ч.2 ст.9 и ч.ч.3 - 4 ст.65 АПК РФ, предписывающих заблаговременное раскрытие аргументов и доказательств сторонами спора и запрещающих ссылаться на доказательства, с которыми процессуальный оппонент не был ознакомлен заранее. В этом смысле характерно то, что в решениях судов, упоминающих эстоппель в рассматриваемом контексте, одновременно содержится и ссылка на указанные нормы процессуального законодательства, что по причинам, изложенным выше, является внутренне противоречивым.

Такое внутреннее противоречие, однако, объясняется отношением, сложившимся в судебной практике к введенному АПК РФ институту раскрытия аргументов и доказательств и получившему отражение в п.35 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 года №82, который считал невозможным применять преклюзивную санкцию к нарушителям соответствующих правил.⁶³ В дальнейшем эта правовая позиция утвердилась в законе (ч.5 ст.65 АПК РФ), который определил, что наказанием за несоблюдение соответствующих норм является перераспределение судебных расходов (что в силу признанной неэффективности имущественных санкций в сфере гражданского процесса фактически свело на нет институт раскрытия).⁶⁴

Обращение к эстоппелю в этой связи представляет собой обратный вектор судебной практики, ее попытку путем дискреционного инструмента вернуть *status quo*, и сделать возможным то, что ранее было исключено совместными

⁶³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации", аналогичное разъяснение содержится в пункте 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 №65 «О подготовке дела к судебному разбирательству».

⁶⁴ Нежелание использовать преклюзию обусловлено нацеленностью судов на поиск материальной истины (что становится невозможным, если процессуальные средства отвергаются на основании их несвоевременного представления) в ущерб публичному интересу в организации скорого (и экономически эффективного) процесса. См. об этом: *Шевченко И.М.* О некоторых вопросах раскрытия доказательств в делах о банкротстве // Арбитражные споры, 2020, №3. Аналогичная - практику при рассмотрении дел в суде апелляционной инстанции, где апеллянту дозволено дополнять апелляционную жалобу новыми доводами, несмотря на то, что это может привести к отложению судебного заседания (пункт 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 №13 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции").

усилиями Президиума ВАС РФ и законодателя: а именно, обеспечить концентрацию процессуального материала на ранних этапах процесса угрозой недопущения запоздалых процессуальных средств в материалы дела.⁶⁵

3.1.6. Эстоппель против несвоевременного предъявления встречного иска.

Здесь мы видим тот же самый эффект: несмотря на то, что согласно тексту процессуального закона (статья ч.1 ст.132 АПК РФ, ст.137 ГПК РФ) ответчик вправе предъявить иск вплоть до вынесения решения судом первой инстанции, данное право блокируется, если это приведет к отложению разбирательства по первоначальному иску, решение по которому суд уже готов принять.⁶⁶

3.1.7. Перед тем, как обобщить вышесказанное и дать направление дальнейшему исследованию, сделаем еще одно уточнение, ответив на вопрос, почему для характеристики всех указанных ситуаций нельзя воспользоваться альтернативным эстоппелю объяснением – через конструкцию *отказа от процессуальных прав*, сказав, что таковой происходит ввиду длительного либо своевременного *неосуществления* лицом принадлежащей ему правовой возможности по представлению тех или иных из упомянутых нами процессуальных средств.⁶⁷

Подчеркнем, речь идет не об активно и однозначно выраженном волеизъявлении, направленном на отказ от права, – в большинстве рассматриваемых ситуаций оно будет отсутствовать, – а о таком, которое выводится из *конклюдентного поведения* лица, создающего впечатление у суда и иных участников процесса (адресатов данного поведения) в том, что такой отказ состоялся. Такое впечатление может возникать, например, в тех ситуациях, когда лицо активно участвует в процессе, возбужденном в суде с нарушением правил подсудности, либо досудебного порядка урегулирования

⁶⁵ Для этих целей арбитражными судами применяется открытая норма части 5 статьи 159 АПК РФ, развивающая положения части 2 статьи 41 АПК РФ о требовании добросовестного поведения применительно к ситуациям запоздалого представления процессуальных средств.

⁶⁶ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.10.2019 №Ф09-7354/19, Определение Верховного Суда РФ от 25.12.2019 N 307-ЭС19-24385 по делу N А56-95381/2018

⁶⁷ См., напр.: Анненков К.Н. Указ.соч. Т.III. С.91 (применительно к дореволюционному гражданскому судопроизводству).

спора. Что это, как не признание форума надлежащим и не распоряжение своим правом на выдвижение возражения (активно-конклюдентное поведение)! В подкрепление можно сослаться и на нормы гражданского права, из которого можно сделать вывод о существовании такой правовой фигуры, как подразумеваемый отказ от права (п.2 ст.154, п.2 ст. 158 ГК РФ).⁶⁸ Вспоминается также опыт стран общего права, где утрата стороной своевременно не реализованных процессуальных прав объясняется при помощи схожей конструкции – *implied (constructive) waiver*.⁶⁹

На наш взгляд, такое направление мысли является ошибочным по следующим причинам.

Во-первых, в отличие от гражданского права, где принцип частной автономии, предполагает свободу совершать *любые* односторонние сделки (за исключением случаев, когда такие сделки вторгаются в правовую сферу иных лиц),⁷⁰ в том числе и сделки по отказу от субъективных прав, в гражданском процессе круг возможных процессуальных действий определен параметрами процессуальной формы. Здесь также действует принцип частной автономии, однако сфера его действия уже: лицо свободно решать, воспользуется ли оно правом на совершение того или иного процессуального действия, однако содержание, условия и последствия его совершения определены императивно нормой процессуального права.⁷¹ Отказ от права, без сомнения, является фигурой, известной гражданскому судопроизводству, однако речь идет об обозримом и строго определенном перечне случаев: отказ от иска, отказ от апелляционной (кассационной) жалобы и т.д. Для его произвольного расширения закон не дает каких-либо оснований.

⁶⁸ См., об этом: Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2017, №4. С.93 – 131 (см. п.4.1.2., 4.3.2.3.); Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте // Вестник гражданского права. 2017. №3. С. 7 – 51 (п.2.2.2).

⁶⁹ См.: Володарский Д.Б., Каишкарлова И.Н. Указ.соч. С.195 – 197, также подробнее - п 3.2.2 настоящей статьи.

⁷⁰ В этих последних случаях требуется специальное предписание закона. См.: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Условия функционирования и границы частной автономии. // Вестник ВАС РФ, 2013, №9, С. 4 – 20 (§2).

⁷¹ Гражданский процесс. Учебник. Издание третье, переработанное и дополненное. Под ред. В.А.Мусина, Н.А.Чечиной, Д.М.Чечота. М.: Проспект, 2000. С. 4 – 6 (автор главы I – Чечот Д.М.).

Во-вторых, признание за конклюдентными действиями юридического значения (в том числе придание ему значения волеизъявления, направленного на отказ от процессуальных прав) противоречит логике процессуального закона. Конклюдентное поведение, безусловно, играет важную роль в отношениях экономического оборота – взаимодействие там зачастую происходит с пренебрежением формальностями, что требует учета этого фактора и адаптации материально-правового регулирования, – однако в процессе, требующем ясности и формальной определенности, признание такого способа выражения юридически значимой воли, как допускающего возможность неоднозначного истолкования, по общему правилу должно исключаться.⁷²

В-третьих, запоздалое представление средств процессуальной защиты не всегда связано с совершением лицом активно-конклюдентных действий, предположительно свидетельствующих об отказе от принадлежащих ему прав (см. выше: активное участие в процессе как признак того, что лицо не намерено оспаривать форум, в качестве ненадлежащего). Зачастую речь идет о простом бездействии (неучастие в деле, непредставление материальных доводов и доказательств), которое может рассматриваться как неосуществление (в т.ч. временное) права, но совсем не как отказ от него, ибо даже материальный закон (а) не усматривает в пассивном поведении способа выражения воли (по общему правилу) (п.3 ст. 158 ГК РФ), (б) прямо говорит о том, что неосуществление права не приводит к его утрате (п.2 ст. 9 ГК РФ).

Таким образом, для фингирования, – в случаях задержки с реализацией процессуального права, – воли управомоченного субъекта на отказ от него нет достаточных оснований. Само по себе право (если для этого нет иных формальных препятствий) должно рассматриваться как сохраняющееся у

⁷² См. по теме: *Афанасьев С.Ф.* К теории процессуальных конклюдентных действий // Вестник гражданского процесса, 2011, №1, С.79 - 85. Отмеченная нами возможность заключения пророгационного соглашения – не в счет, поскольку, как подчеркивалось выше, соответствующие отношения регулируются нормами материального, а не процессуального права.

правообладателя, в связи с чем его запоздалое осуществление если и может быть ограничено, то только со ссылкой на корректирующий эффект принципа добросовестности, то есть посредством применения процессуального эстоппеля.

3.1.8. Подытоживая вышесказанное, отметим, что активное применение судами доктрины эстоппеля очевидно направлено на то, чтобы восполнить нехватку нормативного материала, который бы эффективно побуждал стороны на представление процессуальных средств на раннем этапе судебного разбирательства. Диагностирование данной проблемы требует выработки путей ее лечения, ибо инструменты дискреционного вмешательства суда (*case-by-case approach*) не могут рассматриваться здесь в качестве достаточных.⁷³ Сумма наработанной судами практики должна стать поводом для законодательной рецепции доктрины эстоппеля, или, говоря точнее, для создания *формально-правового эквивалента данного инструмента*, который бы решал задачу *концентрации процессуальных средств в начале процесса* единообразным образом. Для того, чтобы осознать спектр имеющихся здесь возможностей, обратимся к зарубежному опыту.

3.2. Сравнительно-правовой аспект

3.2.1. Истории гражданского судопроизводства известны две базовые модели (парадигмы), отражающие различный взгляд на поступательное движение процесса: с (а) высоким и (б) низким уровнем процессуальной сегментации. Первая модель характеризуется действием “принципа установленной (законной) последовательности” (*principle of legal sequence, Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge*), согласно которому весь ход процесса раздробляется на определенное количество этапов, каждый из которых “посвящен

⁷³ Применение судебной доктрины до ее формализации на уровне закона или, хотя бы, на уровне руководящих разъяснений высшего суда всегда создает риск применения неодинакового масштаба к аналогичным ситуациям и отступления от принципа формального равенства.

установлению какой-либо определенной части процессуального материала”,⁷⁴ а действия, совершаемые на одном этапе, не могут быть воспроизведены (в случае упущения) на этапе последующем. Определяющее значение здесь приобретает эффект процессуальной преклюзивности (*stage-preclusion, Präklusivprinzip*), рельефно описываемый при помощи максимы: «говори сейчас или замолчи навек» (*speak now or stay silent forever*). Противоположная модель имеет в своей основе принцип произвольной последовательности (*principle of discretionary sequence, arbiträre Reihenfolge*), в которой структурные ограничения на совершение тех или иных действий в определенный момент развития процессуальных отношений не выражены столь ярко. Иначе его называют принципом единства гражданского процесса (*principle of unity of the cause, Einheint der Verhandlung*) – все производство (пускай и разделенное на несколько заседаний) рассматривается как единое целое, следствием чего является “признание за сторонами права приводить новые доводы и доказательства вплоть до конца заключительного устного заседания”.⁷⁵

Доведенным до крайности примером приверженности первой модели является германский общий процесс, производство в котором разделялось на три самостоятельных сегмента: в первом приводились и закреплялись требования и возражения сторон, во-втором представлялись доказательства, в третьем – проводилось их исследование. На каждом последующем этапе изменение (дополнение) процессуального материала (соответственно, приведение новых доводов, новых доказательств) не допускалось. Следствием этого явилось развитие т.н. эвентуального принципа (*principle of eventuality, Eventualmaxime*), согласно которому от сторон требовалось одновременное (кумулятивное) предоставление всех возможных доводов в защиту своей позиции вне зависимости от их сочетаемости и взаимной непротиворечивости

⁷⁴ Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса. Том I. Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. Москва, Издание Бр.Башмаковых, 1913, С.417.

⁷⁵ Там же. Так же: *Millar R.W.*, 'Formative Principles of Civil Procedure' (1923-1924) 18(1) *Illinois Law Review* 1. P. 25 – 26.

– с тем, чтобы обеспечить себе возможность воспользоваться любым из них на последующем этапе разбирательства (на тот случай, если другие окажутся несостоятельными).⁷⁶

Напротив, процессуальные кодификации XIX века в большей мере тяготели ко второй, более гибкой, модели. Придавая особую значимость устному состязанию в присутствии суда и принося значение подготовительных письменных процедур (с их заслужившим плохую репутацию канцелярским формализмом), они допускали свободный выбор сторонами времени представления процессуального материала, привнося лишь некоторые преклюзивные ограничения.⁷⁷

Следует отметить, что каждая из упомянутых моделей претендовала на то, что именно она организует процессуальную деятельность наиболее рациональным образом и препятствует возможным затруднениям в скорейшем отправлении правосудия. Сторонники *принципа установленной последовательности* указывали на то, что одновременное представление всех возможных средств процессуальной защиты исключает порционное введение процессуального материала – нежелательную практику, приводящую к многочисленным отложениям судебных слушаний. Напротив, сторонники *противоположного подхода* говорили о том, что необходимость приведения сразу всех доводов (в том числе, предугадывая возможные контрвозражения, которые могут быть выставлены процессуальным оппонентом) в условиях, когда успешным и достаточным может оказаться уже один из них, “не только не оправданно

⁷⁶ См. Millar R.W. Ibid. P.26 – 29. Васьковский: “(с)ущность его (эвентуального принципа – Д.В., И.К.) состояла в требовании одновременного представления тяжущимися всех средств защиты, какие он может выдвинуть, хотя бы удачное применение одного из них делало излишними другие». Указ.соч. с. 467 – 468. При этом необходимо было предугадать и возможные возражения процессуального оппонента в ответной состязательной бумаге и заблаговременно выставить против них контрвозражения.

⁷⁷ Millar R.W. Ibid. P.36. Характерным примером является Устав гражданского судопроизводства Российской Империи 1864 г., согласно которому, например, возражения по существу спора могли представляться во всяком положении дела, как в первой, так и в апелляционной инстанции (ст. 589 УГС). См. Анненков К.Н. Опыт комментария к уставу гражданского судопроизводства Т.III. СПб., Типография М.М.Стасюлевича, 1887, с.122 – 123, Васьковский Е.В. Указ.соч., с.469. Исключение, однако, делались для процессуальных отводов и встречного иска – они должны были быть представлены «не позже, как в первой ответной бумаге, если она была подана, или в первом заседании суда» (ст.340, 574, 575 УГС), а также для заявления о сомнении в подлинности акта – “не позднее первого заседания суда по предъявлению акта” (ст.545 УГС) и т.д.

обременяло бы сторону, но и приводило бы к несоразмерному увеличению количества процессуального материала в деле, к затемнению действительной сущности спора и затягиванию процесса”.⁷⁸

Неудивительно, что развитие доктринальной мысли пришло к необходимости нахождения некоего баланса между двумя крайностями и сочетанию преимуществ обеих моделей, что подразумевает признание, в известных границах, преклюзивного принципа (*stage-preclusion*), как способа оптимальной организации процессуальной деятельности.⁷⁹ Проиллюстрируем это на примере правовых систем США и Германии.

3.2.2. Американское (федеральное) гражданское судопроизводство характеризуется довольно высоким уровнем процессуальной сегментации. Схематично разбирательство в суде первой инстанции можно разделить на три последовательных этапа: (1) *pleadings* – формулирование требований и возражений, (2) *discovery* - раскрытие доказательств, (3) *trial* – разбирательство (в многочисленных случаях – перед жюри присяжных). Охарактеризуем действие преклюзивного принципа (*stage-preclusion*) на примере первого из них (*pleadings*).

На данном этапе между сторонами производится обмен состязательными бумагами (они и носят наименование *pleadings*): истец подает исковое заявление (*complaint*), а ответчик в течение 21 дня (по общему правилу) после его получения представляет отзыв (*answer*).⁸⁰ В исковом заявлении должно содержаться обоснование компетенции суда (*court's jurisdiction*), краткое и простое изложение правовых и фактических оснований иска (*short and plain statement of the claim*) и ссылка на испрашиваемую у суда меру защиты (*demand for the relief sought*).⁸¹ В свою очередь, ответчик обязан: (а) указать на те

⁷⁸ Макаров П.Н. Концентрация процессуального материала при разрешении гражданских споров (опыт Германии) М., Статут, 2014, С.122.

⁷⁹ См. *Van Rhee C.H.*, *Civil Litigation in Twentieth Century Europe*, 75 *Tijdschrift vOOR Rechtsgeschiedenis* 307 (2007). P. 307 – 310.

⁸⁰ FRCP. Rule 12(a)(1)(A)(i).

⁸¹ FRCP. Rule 8(a). Отметим, что на данном этапе на истце не лежит обязанность указать исчерпывающий и точный круг фактов, на которых он основывает свои требования, такая информация у него может

утверждения истца, которые им признаются (*admission*), или отвергаются (*denial*),⁸² (б) включить в текст своего отзыва возражения (*affirmative defences*), как те, что касаются существа дела (свидетельствуют о «материальной» необоснованности иска), так и те, что относятся к невозможности рассмотрения дела по процессуальным основаниям (*jurisdictional objections*),⁸³ заявить встречный или побочный иски (*counterclaim, crossclaim*).⁸⁴ [Отметим в скобках, что к числу *jurisdictional objections* относятся возражения об отсутствии у суда предметной компетенции (*lack of subject-matter jurisdiction*),⁸⁵ об отсутствии у суда персональной юрисдикции в отношении конкретного ответчика (*lack of personal jurisdiction*)⁸⁶, о нарушении правил территориальной подсудности (*improper venue*),⁸⁷ о нарушении правил по извещению ответчика о процессе (*insufficient process, insufficient service of process*).⁸⁸ Особенность данных возражений заключается в том, что они могут быть выдвинуты как в отзыве на иск (*answer*), так и в отдельном ходатайстве (*motion to dismiss*), предшествующем представлению отзыва (логика здесь

отсутствовать, а для ее получения существует следующий этап – *discovery*. Речь идет об очерчивании общей фабулы дела, подвергающейся детализации на последующей стадии. Необходимый стандарт фактической обоснованности см. *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957): «Оценивая достаточность (*sufficiency*) искового заявления, мы следуем принятому правилу, что иск не должен быть отвергнут [на первоначальной стадии процесса] по причине своей необоснованности, за исключением [случаев], когда *вне сомнения* очевидно, что истец не способен указать круг обстоятельств в поддержку своего иска, упрямочивающих его на получение защиты». В последнее время, однако, наметилась тенденция по ужесточению данного требования в целях борьбы с необоснованными исками (the Requirement of Plausibility) – см. *Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S.Ct.1937 (2009).

⁸² FRCP, Rule 8(b). Отрицание может быть оптовым (*General Denial*) и частичным (*Specific Denial*), простым и основанным на недостатке информации о правдивости утверждения (*Lacking Knowledge of Information*); отсутствие отрицания приравнивается к признанию.

⁸³ FRCP, Rule 8(c).

⁸⁴ FRCP, Rule 13(a),(b),(g).

⁸⁵ *Subject-Matter Jurisdiction* определяет способность дела быть рассмотренным соответствующей категорией судов (аналог ведомственной/предметной подсудности). В частности, используется для разграничения компетенции федеральных судов и судов штатов: окружной федеральный суд компетентен рассматривать споры между гражданами различных штатов на сумму свыше 75000\$ (28 U.S. Code §1332). Изменение Subject-Matter Jurisdiction посредством соглашения не допускается. См. *Friedenthal J.H., Kane M.K., Miller A.R.*. Civil Procedure. Fifth Edition. West Academic Publishing. 2015. P.9-10.

⁸⁶ *Personal Jurisdiction* определяет власть суда рассматривать дело в отношении данного ответчика на территории определенного штата: данная власть устанавливается посредством вручения повестки (*In Personam Jurisdiction*) или нахождения имущества на территории соответствующего штата (*In Rem, Quasi-in-Rem Jurisdiction*). Допускается изменение *personal jurisdiction* посредством соглашения тяжущихся сторон. См. J.H.Friedenthal and others. Ibid. P.96.

⁸⁷ Правила *Proper Venue* определяют, в каком конкретно суде избранной посредством правил о *Subject-Matter u Personal Jurisdiction* судебной системы должно слушаться дело. См. *Freer R.D.* Civil Procedure. Third Edition. Wolters Kluwer, 2012. P.251.

⁸⁸ FRCP, Rule 12(b)(1)-(5).

очевидна – зачем требовать составления отзыва, содержащего материально-правовые доводы, если есть вероятность того, что суд отклонит иск по процессуальным основаниям).^{89]}

Нарушение правил обмена процессуальными бумагами приводит к преклюзивному эффекту, который в зависимости от характера нарушения может быть либо абсолютным, либо относительным. Так, *абсолютный эффект* возникает, если ответчик своевременно не воспользовался правом на выставление *jurisdictional objections*, а именно не включил их в первую процессуальную бумагу, представляемую по делу (отзыв или специальное ходатайство). Такое пассивное поведение рассматривается в качестве отказа от права на возражение (*waiver*) и не может быть преодолено впоследствии.⁹⁰

Политико-правовые соображения для этого таковы: вопросы, связанные с наличием предпосылок для слушания дела в соответствующем форуме должны быть разрешены с самого начала.⁹¹ Относительный преклюзивный эффект возникает в случае неиспользования права на выставление материально-правового возражения против иска (*affirmative defenses*). По общему правилу здесь также действует *waiver*, однако его эффект может быть преодолен.⁹² Во-первых, до начала разбирательства (*trial*) сторона имеет право дополнить *свою процессуальную бумагу (amendment of pleadings)* с письменного согласия процессуального оппонента или с разрешения суда.⁹³

При этом последнее правило толкуется весьма либерально: суд только тогда использует принадлежащую дискрецию в неблагоприятном для стороны

⁸⁹ Срок для представления соответствующего ходатайства также 21 день с момента получения повестки, при этом его заявление приводит к пролонгации срока представления отзыва (14 дней после того, как суд уведомит ответчика об отклонении «юрисдикционных возражений»). FRCP, Rule 12(a)4(A).

⁹⁰Coquillette, D.R., Schreiber, S., Joseph, Gr.P., Solovy, J.S. and Vairo, G.M. (eds.). Moore's Federal Practice. 3rd ed. Vol. 2. Matthew&Bender, 1997 §12.24.

⁹¹ Из этого правила есть исключения: возражение об отсутствии *subject-matter jurisdiction* могут быть выставлены в любой момент времени и не погашаются посредством *waiver*'а (FRCP, Rule 12(h)(3)). Это связано с тем, что соответствующие вопросы относятся к публичному порядку распределения функций между различными судебными системами, в то время как в основе правил о персональной юрисдикции, надлежащем форуме и надлежащем извещении лежат принципы *due process*, защищающие конституционные права ответчика (которыми он может пренебречь). Freer R.D. Ibid. P.296-301.

⁹² Freer R.D. Ibid. P.341, Friedenthal J.H. and others. Ibid. P.300-301.

⁹³ FRCP, Rule 15(a)2.

смысле, когда он может мотивированно указать, что дополнение имеет своей целью затянуть процесс или причинить значительные неудобства противоположной стороне.⁹⁴ Во-вторых, в ходе самого разбирательства дополнение допускается, если стороной были представлены доказательства, подтверждающие обоснованность использования ранее не упомянутого средства защиты. Если противоположная сторона не возражала против представления соответствующего доказательства, и оно было исследовано в ходе заседания, *waiver* прекращает действовать и заинтересованное лицо получает право привести свои *pleadings* (процессуальные бумаги) в соответствие с тем, что происходило в судебном форуме.⁹⁵ Аналогичное право возникает и тогда, когда возражение было выставлено, но суд счел возможным представление соответствующего доказательства, как не причиняющее ущерба противоположной стороне.⁹⁶

Обращает на себя внимание то, что для объяснения преклюзивного эффекта в связи с несвоевременным выдвиганием средств процессуальной защиты в американских источниках используется конструкция *waiver*'а (русский эквивалент – отказ от права). С этим связана определенная трудность, так как классическое определение *waiver*'а, содержащееся в лидирующем прецедентном решении (*Johnson v. Zerbst*),⁹⁷ определяет его как “намеренное оставление известного [стороне] права или привелегии” (“*an intentional relinquishment... of a known right or privilege*”), рассматривая в качестве его необходимых реквизитов такие элементы как *knowledge* (осведомленность субъекта о существовании принадлежащего ему права) и *intention* (намерение стороны произвести отказ от права).⁹⁸ В процессуальном контексте с

⁹⁴ *Foman v. Davis*, 371 U.S. 178, 182 (1962). Отказ, основанный на *waiver*'е, маловероятен особенно на ранних стадиях процесса, когда противоположная сторона может с легкостью приспособиться к произошедшему изменению. Сам по себе либерализм федеральных правил обусловлен тем, что тяжущаяся сторона не должна быть лишена «своего дня в суде» в связи с техническими упущениями. *Friedenthal J.H. and others*. Ibid. P.300-312.

⁹⁵ FRCP, Rule 15(b)(1)

⁹⁶ FRCP, Rule 15(b)(2); 2 Moore's Federal Practice §8.07[3].

⁹⁷ 304 U.S. 458, 464 (1938)

⁹⁸ American Jurisprudence 2d ed. Vol.28, 2011, Estoppel and Waiver, §188, 192.

уверенностью говорить о соблюдении данных требований не приходится, так как отказ от права происходит не путем свободной и открытой манифестации воли правообладателя, а выводится из его поведения, процессуальной пассивности. Нельзя утверждать ни о том, что лицо знало о своем праве заявить возражение, ни о том, что оно сознательно отказалось от него – речь может идти об обычной процессуальной ошибке.⁹⁹ Для примирения указанного противоречия была разработана теория двух типов *waiver*'а – тех, в которых его эффект связывается с соблюдением *субъективного стандарта*: лицо должно быть в действительности осведомлено о наличии своего права и активными действиями заявить об отказе (этот стандарт используется в случаях отказа от некоторых базовых прав, снабженных конституционными гарантиями, как правило, в сфере уголовного процесса), и тех, когда во внимание принимается *объективный стандарт*. В последнем случае знание (*knowledge*) *предполагается*, если налицо обстоятельства, указывающие на то, что любой разумный человек на месте соответствующего субъекта должен был быть осведомлен о наличии «погашаемого» права, а намерение (*intention*) выводится из того впечатления, которое пассивное поведение (несовместимое с содержанием имеющейся у лица процессуальной возможности) производит на окружающих субъектов.¹⁰⁰ В таких ситуациях следует говорить о т.н. подразумеваемом отказе от прав (*implied/constructive waiver*)¹⁰¹ и именно он имеется в виду в большинстве случаев, когда разговор идет об утрате процессуальных прав в связи с несвоевременностью их заявления.¹⁰²

Данная теория, однако, не является общепризнанной, так как целый ряд авторов указывает на необходимость самостоятельного (т.е. вне контекста

⁹⁹ Rubin E.L. Toward a General Theory of Waiver, 28 UCLA L.Rev.478 (1981) P.481 – 482.

¹⁰⁰ Ibid. P. 482 – 484, 491-493, 514 – 516.

¹⁰¹ Отмечается сходство *implied waiver* с эстоппелем, так как в данном случае в большей степени имеет значение не интенции лица, которому принадлежит нереализованное право, а возникновение у третьих лиц разумных ожиданий в том, что оно не будет использовано. «Когда речь заходит о подразумеваемом *waiver*'е (*implied waiver*), разница между *waiver*'ом и эстоппелем становится незаметной и иногда доктрины становятся похожими друг на друга до уровня трудноуловимых градаций так, что нельзя понять, где заканчивается одна и начинается другая». American Jurisprudence 2d ed. Vol.28, 2011, Estoppel and Waiver, §36

¹⁰² Закон вменяет знание о процессуальных правах участникам процесса и рассматривает пренебрежение такими правами в качестве маркера отказа от них.

общей доктрины *waiver*'а) объяснения преклюзивного эффекта, возникающего в связи с несвоевременным использованием средств процессуальной защиты. Реквизиты *waiver*'а (*knowledge u intention*) здесь просто не имеют значения, так как утрата процессуального права (*forfeiture of procedural right*) происходит в силу прямого указания закона (*operation of law*), очерчивающего сроки и условия совершения определенных действий, нарушение которых приводит к невозможности их осуществления (*procedural default*). Речь идет об автономной процессуальной логике, согласно которой поступательное движение процесса требует совершения отдельных шагов в четкой последовательности, в наиболее подходящее для этого время, а упущение такой возможности погашает процессуальное право в интересах требуемой в рамках юрисдикционной деятельности правовой определенности.^{103,104}

Так или иначе, американский (федеральный) гражданский процесс является примером высокого уровня процессуальной сегментации, целью которой является рациональное устройство процессуальной деятельности и противодействие возможному замедлению. Сегментация эта, однако не доходит до крайностей: преклюзивный эффект от процессуального бездействия может смягчаться в тех ситуациях, когда этого требуют соображения материальной справедливости и когда от подобного смягчения не страдает противоположная сторона процесса.

3.2.3. Германский процесс, основанный после принятия гражданского процессуального уложения 1877 года (*Zivilprozessordnung, ZPO*) на принципе единства (напомним, это предполагает отсутствие процессуальной

¹⁰³ *Berg J.* (2003). Understanding Waiver. *Houston Law Review*, 40(2), P.303. *Westen P.* (1977). Away from waiver: rationale for the forfeiture of constitutional rights in criminal procedure. *Michigan Law Review*, 75 (Issues 5&6). P.1214-1215.

¹⁰⁴ Эти рассуждения перекликаются с идеей О.Бюлова о преклюзивном начале гражданского судопроизводства: “В науке до Бюлова некоторые преклюзивные права трактовались как обязанности сторон, неисполнение коих влечет за собой известные невыгоды, причем объяснялись таковые фикциями касательно содержания воли лица, не исполнившего своей обязанности; предполагалось, что лицо бездействует потому, что желает тем самым выразить волю определенного содержания; то или другое содержание презумированной воли определяло собой и невыгодные последствия бездействия; <...>. Во всех этих случаях Бюлов видит лишь неосуществление лицом своего процессуального права с единственным для него последствием – потерей данного права <...>.” *Гольмстен А.Х.* Оскар фон-Бюлов. // Юридические исследования и статьи А.Х.Гольмстена. Т.2, СПб, Типография Стасюлевича, 1913. С.440.

сегментации в рамках производства в суде первой инстанции)¹⁰⁵, предсказуемо столкнулся с проблемой *порционного введения процессуального материала* сторонами и связанной с этим практикой отложения слушаний, что сделало недостижимой продекларированную в §272 ZPO цель: рассмотрение дела «как можно скорее в одном устном разбирательстве».¹⁰⁶ Для того, чтобы решить эту проблему, был разработан и в дальнейшем имплементирован в ZPO механизм, призванный усилить преклюзивные начала гражданского судопроизводства (механизм концентрации процессуального материала).¹⁰⁷ Основные элементы указанного механизма таковы.¹⁰⁸

(1) Признание высокого значения *инструкционного начала*, что выражается в возложении на суд обязанности содействовать сторонам в полном представлении процессуального материала: в частности, если суд видит его неполноту (например, сторона в своей процессуальной бумаге забыла сослаться на все обстоятельства, лежащие в основании ее требований или возражений, либо представить подтверждающие их доказательства), он обязан своевременно указать стороне об этом и дать ей возможность исправить недостаток [§139, §273(2)1, ZPO].

(2) Наличие норм, определяющих *сроки представления процессуального материала*: состязательных бумаг (отзыва на иск или ответа на отзыв), содержащих указания на средства защиты (утверждения, отрицания, возражения, репликации и т.д.), и прилагаемых к ним доказательств. При этом процессуальный закон знает две категории таких сроков: *специальный*, т.е. конкретно назначаемый судом [§275(1),(3),(4), §276(1),(3), ZPO], и *общий*, если срок для представления соответствующего процессуального материала судом не назначен. В последнем случае процессуальный материал должен

¹⁰⁵ Васьковский Е.В. Указ.соч.С. 417 – 418.

¹⁰⁶ См. *Fisch, W. B.* (1983). Recent developments in West German Civil Procedure. *Hastings International and Comparative Law Review*, 6(2), P.236 – 237.

¹⁰⁷ Известен как «Штутгартская модель», имплементация произошла в 1977 г. *Ibid.* P.226.

¹⁰⁸ Даваемая нами краткая характеристика основана на подробном исследовании *П.Н.Макарова (Указ.автор. Концентрация процессуального материала при разрешении гражданских споров (опыт Германии). М. Статут, 2014 – 335 с.)*.

быть представлен к судебному заседанию [§282(1), ZPO], либо раскрыт заблаговременно, в разумный срок до него [§282(2), ZPO] – если речь идет о таком процессуальном средстве, для оппонирования которому противоположной стороне необходима подготовка.

Относительно *объема процессуального материала* закон указывает, что он должен быть представлен “в той мере, в какой это с учетом *процессуальной обстановки* соответствует добросовестному и содействующему производству по делу ведению процесса”¹⁰⁹ [§277(1), §282(1), ZPO]. Факторы, определяющие *процессуальную обстановку*, следующие: во-первых, указания судьи относительно значимости того ли иного материала для дела (инструкционное начало) – если такое указание имело место, сторона не вправе его игнорировать и обязана представить обозначенный судом материал в установленные сроки. Во-вторых, процессуальная обстановка определяется объемом процессуального материала, представленного к соответствующему моменту процессуальным оппонентом. Так, если истец представил в своем исковом заявлении определенный набор процессуальных средств (утверждений и обосновывающих их доказательств), ответчик в своем отзыве должен представить все имеющиеся у него отрицания и возражения против них (с подтверждающими доказательствами, если это необходимо).¹¹⁰

(3) Наличие *преклюзивной санкции* за нарушение сроков представления процессуального материала (ключевой элемент конструкции) в виде отказа в принятии запоздалого процессуального средства (утверждения, отрицания, возражения, доказательства и т.д.) [§296, ZPO]. Установлены следующие условия применения преклюзивной санкции: (а) действительность срока,

¹⁰⁹ Пер. – Макаров П.Н.

¹¹⁰ Точнее – должно быть представлено, как минимум, одно возражение, но прочие также должны быть хотя бы *обозначены*. Также необходимо отметить, что в отношении тех обстоятельств, которые могут иметь значение для успешности процессуальной позиции стороны, но которые она еще не заявляла, обязанности представить контрдоказательства у ее противника не возникает. То есть эвентуальный принцип в современном германском процессе в его радикальном виде не признается.

установленного судом (если речь идет о специальном, а не общем сроке),¹¹¹ (б) пропуск срока стороной, представляющей процессуальный материал, (в) негативные последствия пропуска срока, выражающиеся в эффекте затягивания (запоздалое средство не принимается, если это приведет к необходимости отложения слушания дела, которое иначе уже было готово к принятию решения),¹¹² (г) виновность стороны в пропуске срока (применительно к специальному сроку вина презюмируется, применительно к общему – напротив, презюмируется ее отсутствие, при этом наложение санкции в этом последнем случае возможно лишь при наличии грубой небрежности), (д) отсутствие нарушений со стороны суда / противоположной стороны) после несвоевременного представления стороной процессуального материала в связи с лежащими на них обязанностями по подготовке дела / по своевременному представлению встречного процессуального материала.¹¹³

Два дополнительных замечания. Во-первых, германское процессуальное право не знает института предварительного судебного заседания (принцип единства процесса). Встреча судьи со сторонами, в том числе на ранних этапах судебного разбирательства (когда в особенности может иметься необходимость в обсуждении запутанных и неясных моментов в

¹¹¹ Действительность срока включает в себя: (а) определенность в отношении начала и окончания срока, (б) доведение информации до стороны, (в) четкое определение вопросов, относительно которых требуется представление процессуальных средств, (г) разъяснение последствий пропуска срока (см. *Макаров П.Н. Преклюзивные санкции в гражданском процессе (исключение несвоевременно представленных сторонами процессуальных средств) (опыт Германии) // Арбитражный и гражданский процесс, 2010, n1*).

¹¹² Готовность дела к принятию решения при этом определяется не тем, что все стороны исчерпывающим образом представили имеющийся у них процессуальный материал, а тем, что у них имелась возможность своевременно это сделать и суд указывал им на это, пускай даже они проигнорировали соответствующую обязанность. Указ.соч.

¹¹³ Например, если лицо с нарушением установленного специального срока ходатайствовало о вызове свидетеля и у суда была возможность обеспечить их явку до судебного заседания (такая возможность, конечно, исключается, если, запоздалое ходатайство было заявлено непосредственно в заседании), но он не издал соответствующего распоряжения, преклюзивная санкция применена быть не может. Аналогично этому преклюзивная санкция не применяется, если сторона с опозданием представила процессуальное средство, но у оппонента было достаточно времени для того, чтобы подготовить и представить свои опровергающие процессуальные средства (без необходимости откладывать/переносить судебное заседание). Политико-правовые соображения таковы: преклюзивная санкция применяется не как наказание к участнику процесса, нарушившему сроки, а как инструмент обеспечения оперативного рассмотрения дела. Поэтому, если виновным в недостижении данной цели является не только то лицо, которое нарушило срок, но также иные участники процесса, пренебрегшие своими процессуальными обязанностями (смешанная вина), основания для наложения санкции отсутствуют. См.: *Макаров П.Н. Концентрация процессуального материала при разрешении гражданских споров (опыт Германии). С.196 и далее.*

процессуальных позициях сторон, что потребует от суда дачи дополнительных инструкционных разъяснений), все равно будет проводиться в форме обычного судебного заседания с гипотетической возможностью принятия решения. Угроза такого развития событий заставляет стороны уже на этом этапе добросовестно относиться к своим процессуальным обязанностям, в том числе по раскрытию процессуальных средств.¹¹⁴

Во-вторых, особо выделяется обязанность по своевременному раскрытию возражений ответчика, касающихся допустимости иска (*Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen*, функциональный аналог *jurisdictional objections* американского права). Такие возражения должны быть заявлены при слушании дела, либо до этого, если специальный срок для раскрытия таких возражений был назначен судом [*§282(3), ZPO*]. По вопросу рассмотрения соответствующих возражений может быть проведено отдельное «инцидентное разбирательство» с вынесением промежуточного решения [*§280, ZPO*]. Преклюзивная санкция за несвоевременное выдвижение такого возражения, однако, назначается лишь в отношении тех возражений, от которых ответчик может отказаться [*§296(3), ZPO*]. В других случаях могут быть применены имущественные санкции [*§95, ZPO*].¹¹⁵

3.2.4. Отметим в завершение, что, исходно ориентируясь на две различные процессуальные парадигмы (модели), американская и германская системы в итоге приобретают ряд сходных характеристик. В обоих случаях существует подробное регулирование, обеспечивающее концентрацию необходимого процессуального материала на ранних этапах судебного разбирательства, пускай и делается это путем неодинаковых механизмов: в американском праве через дробную сегментацию процесса и использовании конструкции *implied waiver* (или, альтернативно – *forfeiture of right*), в германском – посредством фигуры процессуальных сроков и преклюзивной санкции за их нарушение.

¹¹⁴ Указ.соч. С.34- 36.

¹¹⁵ *Fisch, W. B. Ibid. P.252-254.*

При этом в отношении возражений, относящихся к числу чисто процессуальных (*jurisdictional objections, Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen*), как правило, устанавливаются более жесткие преклюзивные правила (обязательное заявление в первой процессуальной бумаге или до начала слушаний). Принципиальным отличием является то, что в германском праве действует инструкционный принцип, не позволяющий применить преклюзивную санкцию в случаях, когда лицо не осознавало значимость представления процессуального материала в рамках занятой ею позиции, до получения от суда разъясняющих инструкционных указаний; американскому праву, с его более высоким духом состязательности, такое правило неизвестно.

3.3. Формализация (законодательная рецепция) процессуального эстоппеля

3.3.1. Проведенный компаративистский анализ обозначает тренды возможного развития российского процессуального права.

Первым, наиболее очевидным, выводом является то, что в действующем процессуальном законе должны появиться нормы о *преклюзивном значении* пассивного поведения, выражающегося в незаявлении ответчиком тех возражений, которые имеют своей целью продемонстрировать, что истцом не соблюден установленный порядок обращения в суд (аналог *jurisdictional objections* американского права). Подобное предложение уже фигурировало в Концепции единого Гражданского процессуального кодекса РФ, где было указано, что возражения о неподведомственности и неподсудности *de lege ferenda* должны ограничиваться моментом первого заявления по существу дела (п.3.3.).¹¹⁶ Этот тезис, однако, нуждается в ряде уточнений.

¹¹⁶ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 №124 (1)) // Доступ через СПС «Консультант Плюс»

Во-первых, в сформулированном Концепцией правиле необходимо уточнить момент наступления преклюзивного эффекта. Он должен наступать не в результате вступления ответчика в спор по существу (этого может не случиться, так как ответчик может проигнорировать повестку и не явиться в процесс), а вследствие незаявления им возражения при первой имеющейся возможности для этого – в первой процессуальной бумаге или на первом назначенном заседании (в том числе, предварительном) по делу (вне зависимости от его явки).

Во-вторых, необходимо иметь в виду, что круг недостатков, свидетельствующих о нарушении истцом правил предъявления иска достаточно широк – они закреплены в ст.127.1 АПК РФ, 134 ГПК РФ (здесь уместно говорить об отсутствии права на предъявление иска) и в ст.129 АПК РФ, ст.135 ГПК РФ (несоблюдение порядка обращения в суд в узком смысле). Они же, в большинстве своем, фигурируют в ст. 150 АПК РФ, ст.220 ГПК РФ и в ст. 148 АПК РФ, ст.222 ГПК РФ в качестве оснований для прекращения производства по делу или оставления искового заявления без рассмотрения (соответственно). В связи с этим, нельзя ограничиваться лишь вопросами подведомственности и подсудности, а необходимо определиться в целом, какие из указанных недостатков «погашаются» в связи с пассивным поведением ответчика, а какие, тем не менее, сохраняют свое значение и могут служить основанием для дезавуирования предшествующей процессуальной деятельности в любом положении дела.

Исходной точкой для соответствующего анализа (на что указывает и опыт других правовых систем) является то, по каким соображениям установлено каждое из означенных правил – в частном интересе или же по соображениям публично-правового характера. Так, к числу недостатков первой категории, как представляется, можно с уверенностью отнести *(а) нарушение правил территориальной (за вычетом исключительной) подсудности*, которая определяется законодателем по соображениям удобства для сторон спора

(*rationae personae*), а также (б) нарушение установленного законом досудебного порядка урегулирования спора, представляющего собой своего рода льготу для ответчика, который получает шанс разрешить конфликт за рамками суда и, следовательно, может этой льготой пренебречь. Незаявление соответствующих возражений ответчиком в начале процесса поэтому должно приводить к «исцелению» связанного с ними порока процесса и препятствовать его дальнейшему обсуждению на позднейших этапах разбирательства.

Во вторую категорию входят те условия легитимной процессуальной деятельности, игнорирование которых сбивает основные настройки существующей правовой системы, делает невозможным судебную деятельность *per se* – сюда относятся правила о пределах юрисдикционной власти суда, о делении судопроизводства на различные виды (абз.2 ст.220 ГПК РФ, п.1 ч.1 ст.150 АПК РФ), требования о соответствии между избранной судебной процедурой и предметом судебной деятельности (п.4 ч.1 ст.148 АПК РФ), требования к способности осуществлять юридически значимые действия (абз. 3 и 4 ст. 222 АПК РФ) и т.д. Исправление этих недостатков по понятным причинам либо невозможно по определению, либо находится за пределами возможностей ответчика. В этой связи, их выявление должно приводить к дезавуированию предшествующей процессуальной деятельности (либо посредством прекращения производства по делу, либо путем оставления искового заявления без рассмотрения) вне зависимости от того, на каком этапе разбирательства они были выявлены.¹¹⁷

¹¹⁷ Это, однако, не означает, что некоторые из этих недостатков не могут быть исцелены в ходе процесса. Однако происходит это не посредством пассивного бездействия со стороны ответчика. Так, например, если на каком-либо из этапов разбирательства установлено, что заявление подписано или подано лицом, не имеющим полномочия на его подписание или предъявление иска (абз.4 ст. 222 ГПК РФ, п.7 ч.1 ст. 148 АПК РФ), это не исключает возможности последующего одобрения совершенного действия от имени того лица, в чьих интересах оно было совершено (по аналогии со статьей 183 ГК РФ). См., по сходному вопросу: п.16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции", п.24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 N 12 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции".

Условно можно выделить и третью (своего рода «серую») зону, которая находится на стыке вышеупомянутых двух, и применительно к которой гипотетически могут быть обоснованы различные политико-правовые решения. К числу таких ситуаций относятся, в частности, правила о *предметной и исключительной территориальной подсудности*.

С одной стороны, данные правила установлены в публичном интересе. Применительно к предметной подсудности, как говорилось выше, в них получают выражение представления государства о внешней специализации судов и, в целом, о выборе того *вида* судебных учреждений, который с его точки зрения в наибольшей степени пригоден для разрешения определенных типов споров (что влияет и на кадровую политику назначения судей). В случае с исключительной подсудностью в расчет берутся другие соображения, а именно, – связь места разбирательства (судебного форума) с предметом спора, что особенно очевидно применительно к спорам о корпоративных правах и правах на недвижимое имущество. Тем самым обеспечивается локализация процессов в отношении соответствующего объекта гражданских прав в одном судебном форуме, что имеет важное значение для информирования всех потенциально заинтересованных лиц о начатом разбирательстве для того, чтобы они имели возможность заявить свои конкурирующие притязания на спорный предмет в рамках начатого дела. В этом контексте пассивное поведение ответчика не может получать какого-либо значения для вывода о том, что упомянутыми публичными интересами можно пренебречь, если нарушение было выявлено на более поздней стадии судебного разбирательства.

С другой стороны, несоблюдение правил предметной или исключительной подсудности не похоже на те нарушения, о которых мы говорили применительно ко второй из обозначенных групп. Суд, пускай и выбранный вопреки установленному процессуальному закону порядку, тем не менее, рассматривает такой спор по правилам гражданского судопроизводства с

соблюдением всех необходимых гарантий отправления правосудия. И если мы положим на чашу весов дополнительно такую правовую ценность, как *экономия ресурсов суда и сторон*, не исключено, что она может перевесить – то есть, если разбирательство по существу уже началось, позднее выставление возражений, равно как и обращение к данному вопросу со стороны суда *ex officio*, допускаться не должно.¹¹⁸

Так или иначе, первой мерой, направленной на *законодательную рецепцию эстоппеля против запоздалого представления средств процессуальной защиты*, должно являться закрепление в действующем законе *преклюзивного* правила о том, что возражения о несоблюдении правил подсудности (территориальной – однозначно, предметной и исключительной – при наличии на то политико-правовой воли) должны выдвигаться при подаче первой процессуальной бумаги (возражения, отзыва) и в любом случае – не позднее первого (в том числе, предварительного) судебного заседания по делу. Данное правило должно иметь исключения лишь для случаев, когда лицо не имело возможности сделать соответствующее заявление по объективным причинам (неизвещение либо неправомерное непривлечение к участию в деле).

3.3.2. Законодательная рецепция эстоппеля в той части, в которой он касается несвоевременного представления средств процессуальной защиты, относящихся к материальному содержанию спора, может происходить посредством усиления *преклюзивного начала* в двух возможных направлениях. Во-первых, путем придания большего значения такой стадии гражданского (арбитражного) процесса, как подготовка дела к судебному разбирательству, указанием на то, что все процессуальные средства должны быть раскрыты сторонами, по общему правилу, до ее завершения (американская модель).¹¹⁹

¹¹⁸ Если данное правило будет закреплено на уровне закона, отпадает и то возражение, что спор рассмотрен незаконным судом (Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 № 144-О-П), ибо наличие у него компетенции для данного случая будет определяться нормой процессуального права.

¹¹⁹ Такие предложения можно встретить в научных исследованиях – см., напр.: Беков Я.Х. Подготовка дела к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве. Автореферат дис. на соискание уч. к.ю.н. М., 2009, с.6.

Во-вторых, путем усиления преклюзивного значения сроков, предоставляемых сторонам, для внесения (обозначения) имеющегося у них процессуального материала (германская модель). На наш взгляд, более перспективным является второй способ решения проблемы. Это связано с тем, что само по себе правило о необходимости внесения средств процессуальной защиты на стадии подготовки дела является явно недостаточным – для определения временных границ совершения соответствующих действий все равно необходимо прибегать к фигуре процессуальных сроков (что мы видим и на примере американского опыта) с тем, чтобы сама эта стадия не стала бесконечной. Кроме того, акцент на предварительных стадиях процесса в американском праве обусловлен тем, что в большинстве случаев слушание по делу (*trial*) происходит перед судом присяжных и сконцентрировано в одном судебном заседании, в связи с чем и необходимо вынесение всех подготовительных действий за пределы этого этапа. В отечественном судопроизводстве, где процесс от начала до конца происходит перед лицом профессионального судьи, четкого разграничения между стадией подготовки и самого разбирательства нет, что выражается, в частности в правиле о том, что суд вправе перейти к рассмотрению дела по существу в день проведения предварительного судебного заседания (ч.4 ст. 137 АПК РФ, ч.2 ст. 153 ГПК РФ). В этой связи именно *преклюзивное значение процессуальных сроков* должно получить решающую роль в деле борьбы с запоздалым внесением процессуального материала.

Оценим правила действующих процессуальных кодексов на предмет выявления в них проблемных точек, нуждающихся в исправлении.

3.3.3. АПК РФ достаточно подробно регулирует *сроки представления* процессуальных средств сторонами. Здесь есть, во-первых, установление общего срока: обязанность заблаговременного представления аргументов (доводов) (ч.2 ст.9), отзыва ответчика (ч.3 ст. 131), доказательств (ч.3 - 4 ст.65), дополнительных доказательств (ч.2 ст.66, п.1 ч.1 ст.135). При этом

заблаговременность оценивается с точки зрения достаточности оставшегося до начала судебного заседания временного промежутка, в ходе которого получившая соответствующий процессуальный материал сторона имеет возможность ознакомиться с ними и подготовить свои встречные процессуальные средства (контрдоводы и контрдоказательства). Во-вторых, закону известны и *специальные*, то есть назначаемые судом, сроки, устанавливаемые для целей (а) раскрытия доказательств (ч.3 ст. 65, п.1 ч.1 ст. 135) и (б) представления дополнительных доказательств (ч.2 ст. 66, п.1, ч.1 ст. 135). Последняя возможность (общий или специальный срок для представления дополнительных доказательств) может быть задействована, в частности, в тех случаях, когда нехватка представленных на данном этапе судебного разбирательства процессуальных средств обусловлена непониманием стороной значения тех или иных фактических обстоятельств для правильного разрешения дела, в связи с чем суд, следуя своей *инструкционной обязанности* (ч.3 ст.9, п.1 ч.1 ст.135), информирует сторону об этом, что и является предпосылкой для предоставления времени на представление дополнительного процессуального материала. В целом такое регулирование соответствует тому стандарту, который установлен §§273, 275, 277, 282 ЗРО, и был описан нами в предшествующем разделе.

Проблема, однако, возникает, когда мы начинаем исследовать вопрос о *преклюзивном значении* пропуска соответствующих сроков. Здесь законодательство дает противоречивые сигналы. С одной стороны, статья 115 в качестве главного последствия пропуска процессуальных сроков (это распространяется и на пропуск сроков, установленных для представления средств процессуальной защиты)¹²⁰ указывает на исчерпание права на совершение соответствующего процессуального действия, что является признаком *наличия преклюзивного эффекта*. Статья 131, касающаяся

¹²⁰ Отметим, что пункт 5 Постановление Пленума ВАС РФ от 25.12.2013 №9 «О процессуальных сроках» прямо указывают, что положения главы 10 АПК РФ распространяется и на сроки, установленные для представления доказательств.

непредставления отзыва в установленный срок и связанной с этим возможности рассмотрения дела по имеющимся в нем доказательствам (то есть, по смыслу закона, без доказательств ответчика, являющихся частью состязательной бумаги, поданной им с нарушением сроков), сформулирована уже *более мягко*, ибо отдает решение данного вопроса на усмотрение суда. Наконец, уже упоминавшееся нами положение части 5 статьи 65 (которую нужно воспринимать в качестве *lex specialis* по отношению к статье 115) ограничивает наказание виновного наложением *имущественных санкций*. Последнее в принципе подрывает эффективность механизма установленных сроков и *de facto* является причиной повсеместной практики запоздалого представления средств процессуальной защиты (что в качестве ответной реакции приводит к необходимости применения фигуры процессуального эстоппеля). В этой связи, законодательная настройка соответствующих правил должна происходить посредством отказа от регулирования, предусмотренного в части 5 статьи 65.¹²¹

Размышляя над тем, как должна выглядеть соответствующая норма, нельзя не упомянуть о том, что некоторые авторы усматривают возможность применения преклюзивной санкции за несвоевременное представление средств процессуальной защиты *de lege lata* на основании положений *части 5 статьи 159 АПК РФ*.¹²² Это неудивительно, поскольку эта оценочная норма общего характера, непосредственно связанная с корректирующим действием принципа добросовестности, как раз и является основанием для применения процессуального эстоппеля к рассматриваемым ситуациям.

Вместе с тем ее оценочный характер, как раз и препятствует тому, чтобы рассматривать ее в качестве надлежащего *lex specialis*, формализующего применение преклюзивной санкции за несоблюдение сроков представления

¹²¹ А также отказа от правовых позиций, закрепленных в пункте 35 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" и в пункте 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 №65 «О подготовке дела к судебному разбирательству».

¹²² См. Шевченко И.М. Указ. соч.

средств процессуальной защиты. В частности, неприемлемым является указание на умысел, как на условие применения предусмотренной в ней санкции. Доказать умысел довольно тяжело, в то время как механизм преюльзии будет действовать эффективно, лишь если санкция будет наступать автоматически (презумпция виновности) с оставлением, конечно же, возможности стороне доказывать, что несвоевременное представление процессуального средства было вызвано уважительными причинами (аналогично тому, как это предусмотрено статьей 268 АПК РФ в отношении представления новых процессуальных средств в суде апелляционной инстанции).

Вместе с тем у данной нормы имеется положительный потенциал для частичного заимствования в целях формулирования искомого правила *lex specialis*, ибо она увязывает наступление преюльзивного эффекта с вредоносными последствиями нарушения, выражающимися в затягивании судебного процесса (невозможности вынесения решения в текущем судебном заседании). Как представляется, данное обстоятельство является существенным условием применения преюльзивной санкции. Так, например, если лицо пропустило установленный срок представления процессуального средства, но это не привело к затягиванию процесса (например, слушание было перенесено по каким-либо другим причинам на период, дающий возможность представить процессуальный материал заблаговременно перед следующим заседанием), преюльзивная санкция применяться не должна.

В этой связи полагаем, что искомая норма, устанавливающая негативные последствия в связи с пропуском сроков представления процессуального материала, может выглядеть приблизительно следующим образом: *“В случае, если доводы или доказательства раскрыты лицом, участвующим в деле, с нарушением порядка, установленного настоящим Кодексом, в том числе с нарушением срока раскрытия доводов и доказательств, арбитражный суд рассматривает дело без учета соответствующих доводов или*

доказательств, если это приведет к затягиванию судебного процесса. Данное последствие не применяется, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность раскрытия доводов и доказательств с соблюдением срока по причинам, не зависящим от него”. При этом ч.4 ст.131 АПК РФ должна быть приведена в соответствие с данным регулированием, а ч.5 ст.65 в ее нынешнем виде – устранена из текста кодекса.

3.3.4. ГПК РФ менее изощрен в части установления **сроков** представления процессуальных средств. Здесь отсутствует норма, аналогичная АПК РФ, устанавливающая *общий срок* для заблаговременного раскрытия аргументов и доказательств, хотя в ходе реформе 2018 года в ч.3 ст.56 появилось положение о праве суда назначить для целей представления доказательств *специальный срок*.¹²³ Имеются также положения о дискреционном полномочии суда рассмотреть дело по имеющимся в деле доказательствам в случае непредставления ответчиком возражений или доказательств.

В законе отсутствует также указание на возможность применения **преклюзивной санкции** к лицам, несвоевременно представляющим процессуальный материал, если, конечно, не принимать в расчет общее последствие пропуска процессуального срока, установленного ст.109 – погашение просроченного процессуального права. Этого регулирования, однако, явно недостаточно, поскольку для тех случаев, когда срок раскрытия доказательств не установлен (и, следовательно, не может быть пропущен) последствия запоздалого представления процессуальных средств не определены (что побуждает компенсировать нехватку нормативного материала отсылкой к доктрине процессуального эстоппеля). Кроме того, общее правило статьи 109 о последствиях пропуска процессуальных сроков не учитывает специфики рассматриваемой ситуации, при которой, как говорилось выше, право на представление процессуального материала в связи

¹²³ См. подробнее: Бекашева Д.И. Новелла о раскрытии доказательств: иллюзия или реальность // Российский судья, 2019, №11 // доступ через СПС «Консультант Плюс»

с просрочкой должно отпадать лишь в тех случаях, когда это приводит к *затягиванию процесса*. Такое развитие событий имеет место, разумеется, не всегда.

В этой связи предложения *de lege ferenda* относительно ГПК РФ должны включать в себя две составляющие: во-первых, заимствование из АПК РФ общего срока о заблаговременном представлении доводов и доказательств (функциональный аналог части 2 статьи 9, части 3 – 4 статьи 65 АПК РФ), во-вторых, закрепление в тексте закона указания на преклюзивную санкцию за запоздалое представление доводов и доказательств по примеру того правоположения, попытку формулирования которого мы предприняли выше применительно к арбитражному процессу.¹²⁴

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таково наше видение того, каким образом должна происходить законодательная рецепция (формализация) процессуального эстоппеля против запоздалого представления средств процессуальной защиты.

Ставя многоточие, хотелось бы еще раз обратить внимание на тот эвристический потенциал, которым обладает процессуальный эстоппель для развития российского процессуального права. Будучи проявлением принципа процессуальной добросовестности, эстоппель становится рефлексом, реакцией со стороны суда на разнообразные злоупотребления сторонами своими процессуальными возможностями. Тем самым он *высвечивает* те ситуации, при которых процессуальные права превращаются из средства,

¹²⁴ Сказанное в разделах 3.3.3., 3.3.4. *mutatis mutandis* относится и к встречному иску, как одному из средств процессуальной защиты. Во избежание злоупотреблением правом на его подачу (что обусловлено возможностью его предъявления до конца рассмотрения дела в суде первой инстанции), необходимо установить, что встречный иск по общему правилу предъявляется в сроки, установленные для представления отзыва (возражений). При этом при наличии уважительных причин (например, ввод истцом процессуального материала, дающего повод для предъявления встречного иска, на более позднем этапе разбирательства), это право, естественно, может быть реализовано и позднее. См. также: Попов В.В. Проблемы взаимосвязи процессуальных институтов раскрытия доказательств и встречного иска // Журнал российского права, 2006, №5. (доступ с использованием СПС «Консультант Плюс»).

обеспечивающего действенную работу механизма правосудия, в свою противоположность, *и свидетельствует о недостатках* существующего в сфере гражданского судопроизводства правового регулирования. В тех ситуациях, когда эти недостатки носят разовый, случайный характер (например, обусловлены уникальной спецификой конкретного дела) процессуальный эстоппель, как орудие судейского активизма, представляет собой пригодный инструмент для их преодоления. Но когда практика применения процессуального эстоппеля приобретает черты однотипной и повторяется в делах с аналогичной фабулой, это становится сигналом, что проблема носит системный характер и нуждается в своем разрешении на законодательном уровне. В таком случае уместно говорить о законодательной рецепции эстоппеля, под которым мы понимаем *конвертацию подходов судов, применяющих эстоппель при сходных обстоятельствах, в совокупность норм процессуального права*, что устраняет недостаток правового регулирования и, как результат, делает излишним дальнейшее обращение к эстоппелю как дискреционному инструменту суда.

В настоящей статье мы попытались показать результативность такого метода “работы” с эстоппелем на примере одной из его разновидностей. В данном случае выявленная посредством него проблема (отсутствие в законе эффективного преклюзивного механизма, исключающего запоздалое введение сторонами процессуального материала) в известном смысле лежит на поверхности и требует лишь дополнительной настройки действующего процессуального закона, что мы и попытались продемонстрировать. В дальнейшем, релевантность такого подхода должна быть продемонстрирована на примере двух других типов эстоппеля – эстоппеля против выдвижения несовместимых доводов и эстоппеля из мирового соглашения, за которыми стоят куда более фундаментальные проблемы процессуального права: противодействие процессуальной лжи – в первом случае, и релевантность сложившегося учения о законной силе судебного акта – во втором.

Обсуждение данной проблематики станет предметом дальнейших исследований.

Information about the authors

Volodarsky D.B. (Saint Petersburg, Russia) – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Procedure of Saint Petersburg State University (7/9 Universitetskaya Emb., Saint Petersburg, 199034, Russia; e-mail: d.volodarsky@spbu.ru);

Kashkarova I.N. (Saint Petersburg, Russia) – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Procedure of Saint Petersburg State University (7/9 Universitetskaya Emb., Saint Petersburg, 199034, Russia; e-mail: i.kashkarova@spbu.ru).