

### **3.2. Судебные разбирательства как форма обеспечения правоприменения**

Анализировать влияние судебного разбирательства мы будем при допущении о том, что суд не будет себя вести оппортунистически, т.к. проблема должного исполнения судом своих обязанностей выходит за рамки предметной области данного текста. Мы не исключаем возможность судебных ошибок первого (в пользу ответчика) и второго родов (в пользу истца/обвинителя), но будем полагать, что они есть результат асимметрии распределения информации между судом и состязательными сторонами процесса, а не сознательное действие суда, а также ограниченных способностей судей.

Роль судебной системы состоит в том, чтобы, с одной стороны, обеспечивать достоверное исполнение экономическими агентами обязательств, возлагаемых на них контрактами [Шаститко, 2008] и законами [Spier, 2007]. С другой стороны, суд, как это указывалось выше, может восполнять неполноту контрактов [Шаститко, 2010] и законов [Rubin, 2000]. Вторая роль была описана в предыдущем разделе, в этом же разделе мы сосредоточимся на первой роли.

#### **3.2.1. Нормативная и позитивная стороны теории судебного разбирательства**

В дальнейшем анализе будут использованы положения теории судебного разбирательства [Miller, 1997, Spier, 1994, 2007, Kobayshi, Parker, 2000, Daughety, 2000, Polinski, Rubinfeld, 1998]. Позитивная сторона этой теории описывает мотивы участников судебного процесса и результаты их действий. Нормативная сторона указывает на то, что положительный эффект для общественного благосостояния состоит в координационном эффекте, т.е. экономические агенты совершают желаемые с т.зрения общества действия. Но при этом само по себе судебное разбирательство связано с издержками для участников разбирательства и для общества в целом на содержание судей.

Свести к нулю отрицательный эффект нельзя, но можно, управляя поведением сторон, минимизировать его.

Так, согласно позитивной стороне теории, действия истца и ответчика определяются, исходя из баланса их выгод и издержек. Введём следующие обозначения:

$F$  – сумма претензий

$p_d, p_p$  – оценки вероятностей успеха в судебном разбирательстве ответчика и истца, соответственно.

$C_d, C_p$  – издержки, которые понесут ответчик и истец, соответственно, в случае, если разбирательство состоится

Предположим общий случай, когда и вероятность успеха какой-либо из сторон, и размер признанных судом претензий зависят от расходов обеих сторон.

$$\frac{\partial p_{p,d}}{\partial C_{p,d}} > 0 \quad \frac{\partial^2 p_{p,d}}{\partial C_{p,d}^2} > 0 \quad \frac{\partial p_{d,p}}{\partial C_{p,d}} < 0 \quad \frac{\partial F}{\partial C_d} > 0 \quad \frac{\partial F}{\partial C_p} < 0$$

Тогда для ответчика ожидаемые чистые выгоды имеют вид:

$$-(1 - p_d)F - C_d$$

Для истца:

$$p_p F - C_p$$

Истцу имеет смысл обращаться в суд, если  $p_p F - C_p \geq 0 \Rightarrow F \geq \frac{C_p}{p_p}$ , т.е.

ожидаемые потери в случае разбирательства будут меньше, чем при status quo.. Но для ответчика судебное разбирательство всегда игра с отрицательным выигрышем ( $-(1 - p_d)F - C_d \leq 0$ )? Ответ нет, его действия, повлёкшие претензии истца, либо принесли ему выгоды, иначе бы он не рисковал. Но тогда встаёт вопрос, почему иски всё-таки подаются?

Ограниченная рациональность подразумевает отсутствие совершенного предвидения у обеих сторон или попросту они неверно представляют себе то,

как оценивают обе стороны свои шансы на победу<sup>1</sup>, а также размер издержек, которые необходимо понести обеим сторонам.

Помимо этого, вышеописанный пример иллюстрирует случай с т.н. «американским правилом» (American rule) [Katz, 2000] распределения судебных издержек среди сторон. При этом правиле каждая сторона остаётся при своих издержках по результатам судебного разбирательства.

В следующем параграфе будут проанализированы другие правила распределения судебных издержек среди сторон и оценено их влияние с нормативной и позитивной сторон теории судебного разбирательства.

### 3.2.2. Распределение судебных издержек между сторонами

#### **Дву- и односторонние английское и американское правила**

В результате судебного разбирательства возникают издержки для ответчика (Cd) и для истца (Cp), которые бы не пришлось нести, если бы судебный процесс не состоялся. С точки зрения общественного благосостояния их необходимо свести к минимуму (нормативная сторона теории).

Судебные издержки можно рассматривать как барьер при использовании судебной системы с целью осуществления должного правоприменения [Spier, 2007]. Типичный пример в налоговом администрировании – это выставление налоговых претензий в таких размерах, что налогоплательщику выгоднее смириться с ними, чем оспаривать их в суде. Эту ситуацию характеризуют как недостаточное использование судов (insufficient litigation activity). В то же время этот барьер снижает нагрузку на судебную систему, поскольку в ней не рассматриваются мелкие иски, не допуская сверхиспользования судов (excessive litigation activity) [Polinski, Rubinfeld, 1998]. В силу этих двух утверждений можно говорить об определении оптимальной высоты данного барьера как второе лучшее решение.

---

<sup>1</sup> Математически это выражается в том, что  $p_p + p_d \neq 1$

Помимо барьерной составляющей судебные издержки включают в себя инвестиционную часть, т.е. стороны несут дополнительные издержки с тем, чтобы увеличить ожидаемые выгоды в процессе [Spier, 2007]. Они могут быть выражены в привлечении более профессиональных адвокатов, во взятии на себя дополнительного бремени доказывания и т.п. В этой ситуации возможна «гонка издержек», в результате которой стоимость не создаётся, а перераспределяется в пользу тех, чьи доходы являются эти издержки (адвокаты, эксперты и т.д.).

На высоту барьера и оптимальный размер судебных инвестиций, в частности, влияют правила распределения судебных издержек. Эти правила определяют по итогам судебного разбирательства долю каждой стороны в суммарных судебных издержках ( $C_d + C_p$ ) [Spier, 2007]. Выше уже упоминалось **американское правило**, когда каждая сторона несёт свои издержки. Также существует **английское правило** (English rule) [Polinski, Rubinfeld, 1998], согласно которому все издержки ложатся на проигравшую сторону.

В этом случае для ответчика ожидаемые чистые выгоды имеют вид:

$$-(1 - p_d)(F + C_d + C_p)$$

Для истца:

$$p_p F - (1 - p_p)(C_p + C_d)$$

Истцу имеет смысл обращаться в суд при английском правиле, если

$$p_p F - (1 - p_p)(C_p + C_d) \geq 0 \Rightarrow F \geq \frac{((1 - p_p)(C_p + C_d))}{p_p}. \text{ В этом случае максимальный}$$

размер претензий, при котором истцу будет безразлично идти в суд или нет, может оказаться и выше  $((1 - p_p)C_d > p_p C_p)$  и ниже  $((1 - p_p)C_d < p_p C_p)$  соответствующего уровня при американском правиле. Важно отметить, что при английском правиле ответчик через размер своих судебных издержек может воздействовать на решение истца о подаче иска. Также при

английском правиле при прочих равных обеим сторонам будет выгодно больше инвестировать в судебный процесс (см. приложение 2).

Можно **обобщить** оба правила, если ввести в анализ доли, которые должна возместить проигравшая сторона победившей. Пусть  $S_d$  – доля в судебных издержках, ответчика, которую ему возместит в случае поражения истец, а  $S_p$  – доля в судебных издержках. В этом случае английское правило будет частным случаем, когда обе доли равны 1, а американское, когда обе доли равны 0. Американское правило характеризуется тем, что при нём самая слабая «гонка издержек» среди всех возможных значений долей. Наибольшего же накала она достигает при английском правиле (см. обобщающий случай в приложении 3).

Что касается порога участия, то он будет минимальным при одностороннем в пользу истца (см. Рис.15 и приложение 3)

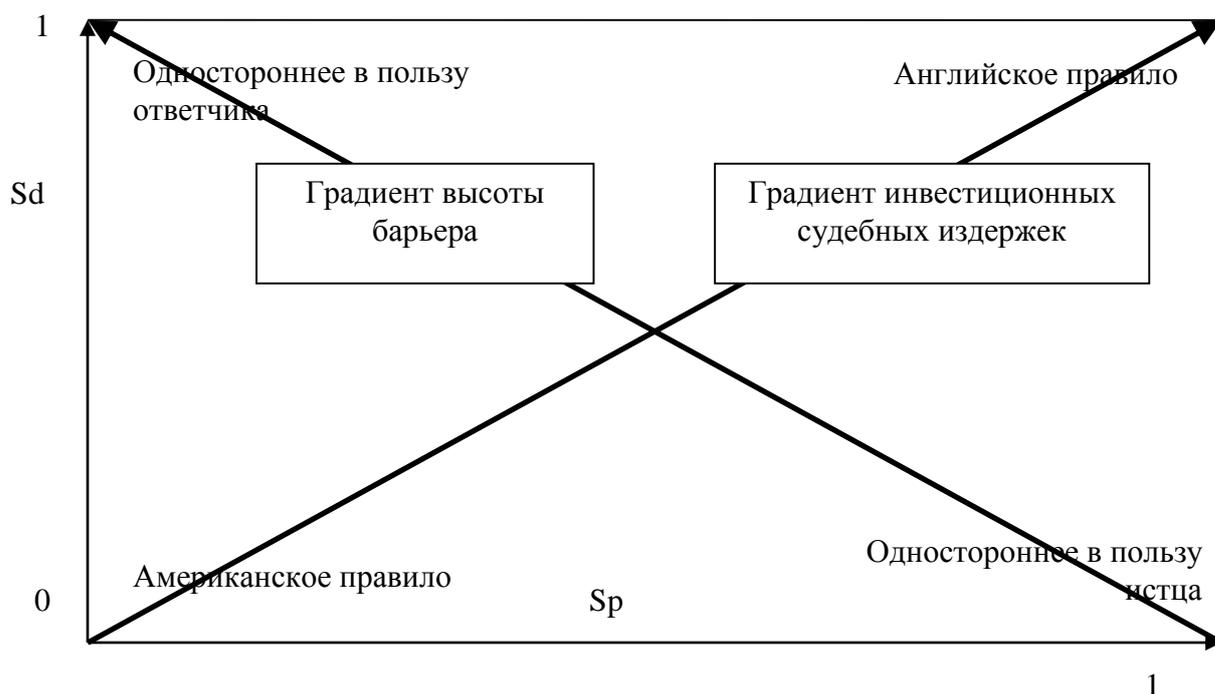


Рис. 1. Высота барьера, инвестиции в судебный процесс и распределение судебных издержек

### Установление пределов на возмещение судебных издержек

Катц [Katz, 2000] указывает на то, что проблему чрезмерного инвестирования обеими сторонами в судебный процесс через введения лимитов на компенсацию судебных издержек победившей стороне. «Такие эффекты («гонка судебных издержек» - прим. Белева С.Г.) ослабляются в режимах, что ограничивают размеры перекладывания судебных издержек. Например, и в английской, и в американской судебных практиках возмещение судебных издержек ограничено разумными расходами. Так, некоторые недавние юридические инициативы в США предполагают, что проигравшая сторона не должна выплачивать возмещение сверх собственных расходов в суде»<sup>2</sup> [Katz, 2000, p.69].

Таким образом, можно установить лимит<sup>3</sup> так, что проигравший возмещает победителю меньшие из понесённых сторонами расходов. В этом случае, как показал Катц [Katz, 2000], инвестиционная составляющая сохранится, но обе стороны теперь с большей бережливостью вкладывать дополнительный рубль. Связано это с тем, что для победителя теперь существует риск, что он не все его издержки в случае победы будут возмещены. Поэтому введения **лимита сравнительной избыточности** снижает «накал гонки судебных расходов» при любом правиле, основанном на комбинациях долей издержек к возмещению, кроме американского. В случае американского правила введение такого лимита не имеет смысла, т.к. американское правило не предполагает возмещения издержек противника в случае его победы. Исходя из этого, можно сделать **вывод**, что лимит сравнительной избыточности снижает оптимальные инвестиции в судебный процесс у обеих сторон, но «гонка» сохраняется и минимального «накала» в классе приведённых выше альтернатив она достигает при американском правиле.

---

<sup>2</sup> В оригинале на английском: «Such effects are mitigated in regimes that limit the amount of fees that can be shifted. For example, under both English and US practice, indemnification is limited to reasonable expenditures. Similarly, some recent US proposals provide that a losing party need not pay any indemnification in excess of his or her own litigation costs».

<sup>3</sup> Назовём его лимитом сравнительной избыточности

Другим вариантом, упомянутым Катцем, было применение **принципа разумных пределов**. В этом случае суд определяет размер компенсации судебных издержек проигравшей стороной на основе сопоставимых данных (средний гонорар адвоката, сложность рассматриваемого дела и т.п.). Например, такую норму закрепляют ст. 110 и 112 Административно-Процессуального Кодекса РФ (АПК РФ), а также Постановления Президиума ВАС РФ от 17.03.09 г. № 14278/08 и от 20.05.2008 N 18118/07. Оптимальный размер инвестиций для обеих сторон при таком распределении так же, как и при сравнительной избыточности, оказывается не ниже, чем при американском правиле, но не выше, чем при английском.

### **Входная плата за пользование судебной системой**

Помимо перераспределения судебных издержек, понесённых сторонами во время процесса, существует альтернатива **входной платы** как способа воздействия на стимулы к подаче иска и осуществлению инвестиций. При этом стоит подчеркнуть, что оба способа могут применяться одновременно. Так, ст.101 АПК РФ, говорит, что судебные расходы состоят из государственной пошлины и судебных издержек<sup>4</sup>. Проанализируем данную структурную альтернативу распределения судебных издержек на предмет высоты барьера пользования судебной системой и гонки судебных расходов.

Пошлина взимается в пользу бюджета с проигравшей стороны, т.е. по английскому правилу. Пошлина является барьером для рассмотрения мелких жалоб (см. приложение 4), что даёт возможность ответчику возможность предъявлять слабо обоснованные, но малые по размеру претензии. Однако при высоких ожиданиях у истца по поводу вероятности своей победы ( $p_p \rightarrow 1$ ) входная плата почти не повысит высоту барьера.

---

<sup>4</sup> Таким образом, законодательство разделяет эти понятия, мы же используем оба термина как синонимы

Также повышает оптимальные размеры инвестиций обеих сторон при введении входной платы, т.к. теперь для обеих сторон в случае поражения существует риск уплаты пошлины.

Сопоставление всех рассмотренных выше альтернатив распределения издержек см. Рис. 2 и Рис. 3

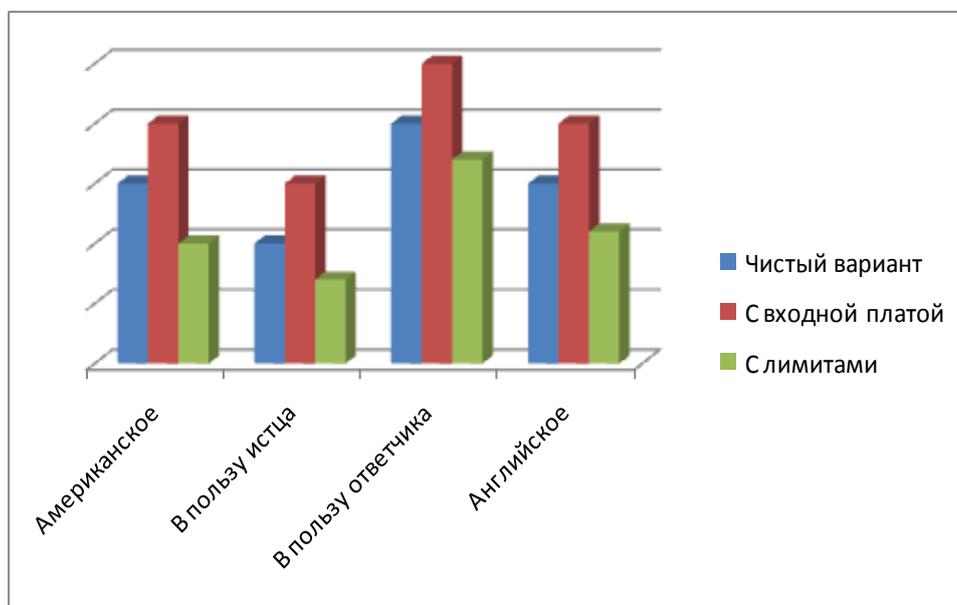


Рис. 2 . *Высота порога участия* при разных типах распределения судебных издержек

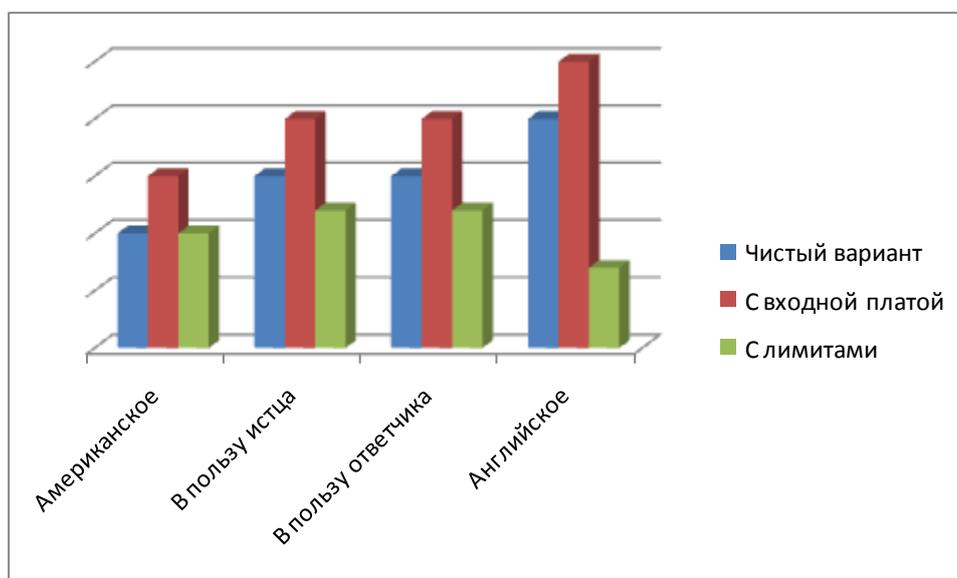


Рис. 3 *Оптимальный размер судебных издержек* при разных типах распределения судебных издержек

## Досудебное<sup>5</sup> урегулирование споров

Ошибки ответчиков в оценке порогового значения участия истца способствует тому, что истец может обратиться в суд. Однако у обеих сторон в случае достоверной угрозы истца пойти в суд остаётся возможность урегулировать спор о размере претензий в досудебном порядке (pre-trial bargaining или out-of-court settlement) [Katz, 2000, Spier, 2007].

Для ответчика досудебное урегулирование выгодно, т.к. позволяет ему не нести издержек, связанных с судебным разбирательством. Пусть  $x$  – уступка ответчиком части претензий в рамках досудебного урегулирования. Тогда ответчику имеет смысл идти на досудебную сделку, если  $x < Cd + (1 - p_a)F$

Истцу выгодно идти на сделку, если снижение претензий будет больше, чем ожидаемые выгоды от судебного разбирательства:  $x \geq p_p F - Cp$ .

Досудебная сделка состоится, если  $p_p F - Cp \leq x < Cd + (1 - p_a)F$ . Интервал будет не пуст, если минимальная уступка, требуемая истцом, будет не меньше, чем максимальная уступка ответчика:  $(p_p + p_a - 1)F < Cd + Cp$ . Из этого неравенства видно, что выгода от досудебного урегулирования состоит в том, чтобы не нести судебные издержки, а также что чем выше оценивают свои шансы на победу обе стороны, тем менее вероятно заключение сделки между ними. Последнее замечание тем важно, что судебное разбирательство представляет собой антагонистическую игру с отрицательной суммой [Katz, 2000], но, несмотря на это, оно может не состояться, т.к. игроки ограниченно рациональны и в смысле счётных способностей (не могут достоверно оценить параметры соперника), и в смысле неполной информации об оценках действий контрагентов.

Тем не менее, наличие непустого локуса обмена в виде уступки части претензий позволяет при прочих равных говорить о возможности досудебного урегулирования. Чем больше ширина этого интервала, тем больше

---

<sup>5</sup> Будем различать досудебное урегулирование (без участия третьей стороны) и внесудебное разбирательство (с участием третьей стороны – не суда)

вероятность досудебного урегулирования. Получается, что мелкие споры и споры, обусловленные большими ожидаемыми суммарными издержками, вероятнее будут урегулированы до суда. В последнем случае следует подчеркнуть, что важны ожидания по поводу издержек соперника и соответствующая реакция в виде своих инвестиций в повышение вероятности успешного исхода. А на оптимальный уровень судебных инвестиций влияет помимо прочего действующее правило распределения издержек. Таким образом, правила распределения судебных издержек влияют и на вероятность досудебного урегулирования. Оптимистично настроенные стороны, скорее всего, будут судиться, а пессимисты заключат досудебное соглашение (см. приложение 5). Однако следует помнить, что чем больше доли, тем больше выгоднее тратить обеим сторонам на тяжбу, а, значит, больше будут и суммарные издержки обеих сторон, и вероятность досудебного урегулирования.

В зарубежной литературе [Spier, 1994, 2007, Chung, 1996, Bebchuk, Chang, 1999] также рассматривается особый класс правил распределения судебных издержек, основанных на размере **предложения/уступки при досудебном урегулировании** (offer-based rules). Примером такого рода является правило 68 [Spier, 1994, Chung, 1996]. При этом правиле перед началом разбирательств ответчик предлагает определённую сумму истцу в обмен на отказ от судебного разбирательства. Если истец отказывается принять это предложение, то начинается процесс. Суд признаёт размер оправданный размер претензий и если он оказывается выше досудебного предложения, то все судебные издержки несёт ответчик, если ниже, то истец. Это правило является модификацией английского, только платит не проигравшая сторона все издержки, а «скупая/жадная» сторона. Как показали Спайер [Spier, 1994] и Чунг [Chung, 1996], увеличение ответчиком уступки компенсируется снижением ожидаемых потерь в виде уплаты суммарных судебных издержек. Тогда размер предложенной уступки будет больше, а значит вероятность того, что истец её примет будет выше.

### Приложение 3. Правила распределения судебных издержек

*Американское правило:*

$$\text{Истец: } p_p(C_p, C_d) * F(C_p, C_d) - C_p \rightarrow \max_{C_p}$$

$$\frac{\partial(p_p F)}{\partial C_p} - 1 \geq 0, \text{ т.е. каждый вложенный в судебный процесс рубль должен}$$

приносить не меньше рубля отдачи

Ответчик (если иск будет подан):

$$-(1 - p_d(C_p, C_d)) * F(C_p, C_d) - C_d \rightarrow \max_{C_d}$$

$$-\frac{\partial((1 - p_d)F)}{\partial C_d} - 1 \geq 0$$

*Английское правило:*

$$\text{Истец: } p_p F - (1 - p_p)(C_p + C_d) \rightarrow \max_{C_p}$$

$$\frac{\partial(p_p F)}{\partial C_p} - 1 + p_p + \frac{\partial p_p}{\partial C_p}(C_p + C_d) \geq 0 - \text{если вероятность выиграть растёт}$$

при увеличении издержек, то при английском правиле всегда будет инвестировано больше истцом. В этом случае гонка будет более интенсивная,

потому что дополнительная отдача от инвестиций  $(\frac{\partial p_p}{\partial C_p}(C_p + C_d) + p_p)$

положительно зависит от инвестиций инспектора.

$$\text{Ответчик: } -(1 - p_d)(F + C_d + C_p) \rightarrow \max_{C_d}$$

$$-\frac{\partial((1 - p_d)F)}{\partial C_d} - 1 + p_d + \frac{\partial p_d}{\partial C_d}(C_d + C_p) \geq 0. \text{ Результат симметричен.}$$

*Обобщающий случай:*

$$\text{Истец: } p_p F - p_p(1 - s_p)C_p - (1 - p_p)(C_p + s_d C_d) \rightarrow \max_{C_p}$$

$$\frac{\partial(p_p F)}{\partial C_p} - 1 + s_p p_p + \frac{\partial p_p}{\partial C_p} (s_p C_p + s_d C_d) \geq 0. \text{ Меньше, чем при английском}$$

правиле, но больше, чем при американском будет инвестировано.

$$\text{Ответчик: } -p_d(1-s_d)Cd - (1-p_d)(F + Cd + s_p C_p) \rightarrow \max_{Cd}$$

$$-\frac{\partial((1-p_d)F)}{\partial Cd} - 1 + s_d p_d + \frac{\partial p_d}{\partial Cd} (s_d Cd + s_p C_p) \geq 0. \text{ Результат так же}$$

симметричен

$$\text{Влияние на порог участия: } p_p F - C_p + s_p p_p C_p - (1-p_p)s_d Cd \geq 0 \Rightarrow$$

$$F = \frac{((1-p_p)s_d Cd + (1-s_p p_p)C_p)}{p_p}. \text{ Порог будет наименьшим при}$$

одностороннем правиле в пользу истца и наибольшим в пользу ответчика.

#### Приложение 4. Входная плата за пользование судом.

Пусть  $T$  – это величина пошлины, взимаемой в пользу государства с проигравшей стороны

Для обобщающего случая:

$$\text{Истец: } p_p F - p_p(1-s_p)C_p - (1-p_p)(C_p + s_d Cd + T) \rightarrow \max_{C_p}$$

$$\frac{\partial(p_p F)}{\partial C_p} - 1 + s_p p_p + \frac{\partial p_p}{\partial C_p} (s_p C_p + s_d Cd) + \frac{\partial p_p}{\partial C_p} T + \frac{\partial T}{\partial C_p} p_p \geq 0$$

$$\text{Ответчик: } -p_d(1-s_d)Cd - (1-p_d)(F + Cd + s_p C_p + T) \rightarrow \max_{Cd}$$

$$-\frac{\partial((1-p_d)F)}{\partial Cd} - 1 + s_d p_d + \frac{\partial p_d}{\partial Cd} (s_d Cd + s_p C_p) + \frac{\partial p_d}{\partial Cd} T \geq 0$$

Если сравнить с полученным выше в приложении 2 результатом для обобщающего случая, то при прочих равных и ответчику выгоднее больше инвестировать, при этом тем больше, чем больше размер входной платы.

$$\text{Высота барьера: } p_p F - C_p + s_p p_p C_p - (1-p_p)(s_d Cd + T) \geq 0 \Rightarrow$$

$$F = \frac{((1-p_p)(s_d Cd + T) + (1-s_p p_p)Cp)}{p_p}. \text{ Тем выше барьер, чем меньше уверен}$$

в своих шансах на победу истец и чем выше размер платы

**Приложение 5. Влияние правил распределения судебных издержек на вероятность досудебного урегулирования.**

*Обобщающий случай:*

$$\text{Истец: } X \geq p_p F - p_p(1-s_p)Cp - (1-p_p)(Cp + s_d Cd)$$

$$\text{Ответчик: } -p_d(1-s_d)Cd - (1-p_d)(F + Cd + s_p Cp) < -X$$

$$(1-(p_p + p_d - 1)s_d)Cd + (1-(p_p + p_d - 1)s_p)Cp > (p_p + p_d - 1)F$$

Если обе стороны настроены оптимистично ( $p_p + p_d > 1$ ), то чем больше любая из долей к возмещению, тем ниже вероятность досудебного урегулирования.

Если обе стороны настроены пессимистично ( $p_p + p_d < 1$ ), то увеличение любой доли приведёт к повышению вероятности досудебной урегулирования