

М.А. РОЖКОВА
Н.Г. ЕЛИСЕЕВ
О.Ю. СКВОРЦОВ

ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

СОГЛАШЕНИЯ О ПОДСУДНОСТИ,
МЕЖДУНАРОДНОЙ ПОДСУДНОСТИ,
ПРИМИРИТЕЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЕ,
АРБИТРАЖНОЕ (ТРЕТЕЙСКОЕ)
И МИРОВОЕ СОГЛАШЕНИЯ



**ДОГОВОРНОЕ ПРАВО:
СОГЛАШЕНИЯ О ПОДСУДНОСТИ, МЕЖДУНАРОДНОЙ ПОДСУДНОСТИ,
ПРИМИРИТЕЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЕ, АРБИТРАЖНОЕ (ТРЕТЕЙСКОЕ)
И МИРОВОЕ СОГЛАШЕНИЯ**

М.А. РОЖКОВА, Н.Г. ЕЛИСЕЕВ, О.Ю. СКВОРЦОВ

**Под общей редакцией
М.А. РОЖКОВОЙ**

Авторский коллектив:

Рожкова М.А. - кандидат юридических наук, консультант Исследовательского центра частного права, научный консультант юридической фирмы Magister & Partners - предисловие, гл. I "Соглашение о подсудности", гл. IV "Соглашение о примирительной процедуре", гл. V "Мировое соглашение".

Елисеев Н.Г. - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (университет) МИД России - гл. II "Соглашение о международной подсудности".

Скворцов О.Ю. - доктор юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета - гл. III "Третейское (арбитражное) соглашение".

Руководство авторским коллективом и общая редакция книги М.А. Рожковой.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая монография, в которой последовательно рассматриваются соглашение о подсудности, соглашение о международной подсудности, арбитражное (третейское) соглашение, соглашение о примирительной процедуре и мировое соглашение, является результатом коллективного творчества.

В подобных случаях принято указывать, откуда возникла идея этой книги, и давать некоторые комментарии процессу ее написания. Не желая отступать от традиции, хотелось бы отметить, что идея написания книги возникла как естественный результат отсутствия на сегодняшний день монографий, в которых бы освещались проблемы такого рода соглашений, необходимость заключения которых обусловлена возможным или уже возникшим правовым спором.

Безусловно, в литературе обнаруживаются работы, посвящаемые какому-либо из названных договоров (или отдельным вопросам, с ним связанным), что позволяет говорить о существовании интереса к ним со стороны теоретиков. Да и для практиков тема этих договоров становится все более актуальной по причине расширяющегося внешнеэкономического сотрудничества, глобализации и усложнения хозяйственных связей, усиления специализации споров: в современных условиях требуются определенные усилия для получения адекватной и эффективной защиты своих прав в случае возникновения правового спора. Вместе с тем разрозненные фрагменты, не сложенные до сих пор "в картинку", не могут дать представления об этой сложной и все более востребуемой практикой разновидности договоров.

В данных условиях мы сочли как нельзя более своевременным подготовить настоящую книгу, объединив наши усилия для освещения положений позитивного права (и практики их применения) о порядке заключения и формах названных соглашений, об основаниях и последствиях их недействительности, о возможностях изменения и расторжения, проблемах исполнения и т.д.

Здесь же, вероятно, следует отметить, что избранное для настоящей книги название является неким компромиссом. Это обусловлено тем, что ее авторы придерживаются различных точек зрения в отношении правовой природы анализируемых в ней соглашений: кто-то поддерживает мнение об их договорной природе, кто-то относит их к процессуальным соглашениям либо рассматривает в качестве договоров особого рода ("sui generis"). Однако с учетом сложности стоящих перед нами задач мы сочли возможным не акцентировать внимание на этом (весьма интересном) вопросе, сосредоточившись на основной цели настоящей книги - дать подробную характеристику перечисленным соглашениям.

М.А.Рожкова

Глава I. СОГЛАШЕНИЕ О ПОДСУДНОСТИ

1. Понятие и виды подсудности

Определяющим для настоящей главы является, безусловно, понятие подсудности дела. Вместе с тем понятия компетентного суда и подведомственности дела также важны для целей раскрытия поставленного вопроса, в силу чего им здесь также будет уделено некоторое внимание.

По причине отсутствия современных фундаментальных работ, посвященных вопросам подведомственности и подсудности, основной теоретической работой по этой проблематике является исследование, проведенное О.А. Осиповым в 70-е гг. прошлого столетия <1>. Разграничивая понятия компетенции, подведомственности и подсудности, Ю.К. Осипов определял компетенцию как круг установленных законом властных полномочий органов государства, должностных лиц, общественных организаций, которые в то же время являются и их обязанностями. Подведомственность понималась ученым как относимость нуждающихся в государственно-властном разрешении споров о праве и иных дел к ведению различных органов. А различие между подсудностью и подведомственностью, по мнению Ю.К. Осипова, имеет качественный характер, поскольку "подсудность" не что иное, как понятие, производное от понятия "подведомственность", как разновидность подведомственности в применении к судебным органам <2>. В развитие этого можно отметить следующее.

<1> Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел: Дис. ... д.ю.н. Свердловск, 1973.

<2> Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел: Учебное пособие. Свердловск, 1973. С. 11, 26, 28, 31; Курс советского гражданского процессуального права. В 2 т. Т. 2. М.: Наука, 1981. С. 6. Небезынтересно, что в дореволюционной литературе не было установившейся терминологии: обыкновенно компетенция судов называлась ведомством, а принадлежность дела к компетенции того или иного суда - подсудностью. Вместе с тем Е.В. Васьяковский писал о том, что во избежание столкновений между целым рядом учреждений и должностных лиц при применении ими юридических норм к частным случаям жизни каждому из них был отведен определенный круг деятельности, "в границах которого ему предоставлено право и вместе с тем вменено в обязанность совершать определенные действия. Этот круг деятельности называется компетенцией" (Васьяковский Е.В. Курс гражданского процесса. Т. 1. М., 1913. С. 484).

Компетенция, как правило, включает в себя достаточно обширный круг полномочий, которые обычно не являются равнозначными: одни из них являются главными (т.е. профильными), другие имеют подчиненный (т.е. вспомогательный) характер. Проиллюстрировать это утверждение можно на следующем примере.

Согласно ст. 127 Конституции РФ на Высший Арбитражный Суд РФ возложены разрешение экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами, осуществление судебного надзора за их деятельностью и дача разъяснений по вопросам судебной практики. То есть главными для этого судебного органа, бесспорно, являются полномочия по осуществлению судебной власти.

В то же время Высший Арбитражный Суд РФ призван осуществлять и иные полномочия, которые имеют вспомогательный характер. Статья 10 Федерального конституционного закона "Об арбитражных судах в Российской Федерации" конкретизирует круг его полномочий и, не разграничивая на главные и вспомогательные, относит к ним:

- рассмотрение некоторых категорий дел в качестве суда первой инстанции (и пересмотр их по вновь открывшимся обстоятельствам);
- проверку в порядке надзора вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов Российской Федерации;
- обращение в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности законов, иных нормативных актов и договоров, указанных в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ;
- изучение и обобщение практики применения арбитражными судами законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- дачу разъяснений по вопросам судебной практики;
- разработку предложений по совершенствованию законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- ведение судебной статистики и организацию работы по ее ведению в арбитражных судах;
- осуществление мер по созданию условий для судебной деятельности арбитражных судов, в том числе по кадровому, организационному, материально-техническому и иным видам обеспечения;

- решение вопросов, вытекающих из международных договоров Российской Федерации (в рамках своей компетенции);
- решение вопросов образования постоянных судебных присутствий арбитражных судов;
- осуществление других полномочий, предоставленных ему Конституцией РФ, Федеральным конституционным законом "Об арбитражных судах в Российской Федерации" и другими федеральными конституционными законами.

Изложенное позволяет говорить о том, что понятием "компетенция" в широком смысле охватываются все полномочия конкретного органа по осуществлению функций в определенной сфере.

В то же время понятие "компетенция" достаточно часто используется в узком смысле - в значении только круга главных (профильных) полномочий. И именно это, узкое, значение анализируемого понятия заслуживает особого внимания в рамках настоящей главы.

Как известно, правоприменительная деятельность осуществляется целым рядом уполномоченных органов - органами гражданской юрисдикции, к которым относятся не только суды (суд общей юрисдикции, арбитражный суд, третейский суд), но и иные органы (в частности, органы нотариата).

В рамках осуществления своей деятельности органы гражданской юрисдикции наделены правом разрешать различного рода юридические дела. Причем имеются в виду не только споры, передаваемые на разрешение суда, но и всякие иные дела, которые в силу своего характера нуждаются в разрешении. С учетом того, что юрисдикция представляет собой собственно деятельность (совокупность действий) органов по разрешению юридических дел, деятельность уполномоченных органов традиционно делится на спорную юрисдикцию (разрешение споров о праве) и бесспорную юрисдикцию (удостоверение и фиксация бесспорных прав, решение иных правовых вопросов) <1>.

<1> Деятельность судов также подразумевает разграничение на спорную юрисдикцию (разрешение споров о праве) и, в специально установленных законом случаях, бесспорную юрисдикцию (установление фактов, имеющих юридическое значение, для арбитражных судов, а для судов общей юрисдикции помимо установления фактов, имеющих юридическое значение, также решение вопросов усыновления, признание гражданина безвестно отсутствующим или объявление гражданина умершим, ограничение дееспособности гражданина и объявление несовершеннолетнего полностью дееспособным, вызывное производство и т.д.).

Учитывая, что юридические дела характеризуются значительным многообразием и во избежание столкновений между органами гражданской юрисдикции каждому из них законом отведен определенный круг деятельности. То есть всякий орган гражданской юрисдикции осуществляет свою деятельность (свою юрисдикцию) в строго отведенных законом рамках - в пределах собственной компетенции. Вследствие этого при поступлении на его рассмотрение конкретного юридического дела первоочередным вопросом, который должен быть решен этим органом, является вопрос наличия у него компетенции на разрешение этого дела. При отсутствии у органа гражданской юрисдикции компетенции в отношении поступившего дела вынесенное этим органом решение или совершенное им действие в любом случае не может признаваться соответствующим закону. В силу сказанного вопрос наличия компетенции является принципиально важным.

В большинстве случаев разграничение компетенции между органами гражданской юрисдикции не вызывает проблем. Основным же камнем преткновения является разграничение компетенции между государственными судами - судами общей юрисдикции и арбитражными судами. То есть наиболее выпукло проблемы разграничения компетенции проявляются применительно к государственным судебным органам.

Обратившись к понятию компетенции и обозначив проблему столкновения компетенций государственных судов, следует особо подчеркнуть, что такое столкновение имеет место только в отношении главных (профильных) полномочий; полномочия, носящие подчиненный характер, не пересекаются и не требуют разграничения. Действительно, вряд ли Верховный Суд РФ будет предпринимать попытки решения вопросов кадрового, организационного или иного обеспечения арбитражных судов либо Высший Арбитражный Суд РФ вмешиваться в организацию по ведению статистики в судах общей юрисдикции.

Следовательно, термин "компетенция" употребляется в теории гражданского процессуального и арбитражного процессуального права именно в узком значении - как круг главных (профильных) полномочий <1>.

<1> В связи со сказанным следует согласиться с целесообразностью введения в АПК РФ термина "компетенция" в части наименования главы, определяющей круг полномочий арбитражного суда по разрешению юридических дел. Важно отметить, что только в действующем

АПК РФ глава, устанавливающая правила подведомственности и подсудности, названа "Компетенция арбитражных судов", тогда как в прежнем арбитражном процессуальном законодательстве глава, регулирующая эти же вопросы, - гл. 3 АПК РФ 1995 г. - имела наименование "Подведомственность и подсудность". Глава 3 действующего ГПК РФ, определяющая правила подведомственности и подсудности гражданских дел судам общей юрисдикции, и по сей день именуется "Подведомственность и подсудность".

Вышесказанное позволяет определять "компетентный суд" <1> в контексте настоящей главы как суд, обладающий компетенцией на разрешение определенных законом категорий юридических дел, возникающих в сфере гражданского оборота. Например, арбитражный суд по смыслу ч. 1 ст. 27 АПК РФ является компетентным судом в отношении экономических споров и других дел, связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

<1> Компетенция есть круг полномочий, прав; компетентный - обладающий компетенцией (Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Русский язык, 1991. С. 289).

Вместе с тем наряду с вышеуказанным широким смысловым значением термин "компетентный суд" имеет и иное, узкое, значение. В узком смысле под компетентным судом обычно понимается суд, в силу закона обладающий компетенцией на разрешение переданного на его рассмотрение конкретного юридического дела, решение которого будет обязательным по крайней мере для сторон процесса. Так, третейский суд является компетентным судом в тех случаях, когда передаваемый на его рассмотрение конкретный спор обладает свойством арбитрабельности, а арбитражное соглашение, заключенное сторонами гражданского правоотношения, действительно не утратило силу и может быть исполнено <1> (см. о понятии "арбитрабельность" гл. III настоящей книги).

<1> Подробнее об этом см., например: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 381 - 435; Он же. Проблемы третейского разбирательства предпринимательских споров в России: Автореф. дис. ... д.ю.н. СПб., 2006; Рожкова М.А. К вопросу о содержании понятий "компетентный суд" и "подведомственность дела" // Журнал российского права. 2006. N 1. С. 25 - 27.

Упоминание о третейском суде отнюдь не случайно, поскольку п. 1 ст. 11 ГК РФ относит к судам, обладающим компетенцией по разрешению гражданско-правовых споров, не только государственные суды (суд общей юрисдикции, арбитражный суд), но и суды негосударственные - третейские суды. При этом в данной статье говорится о том, что судебная защита осуществляется в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством.

Таким образом, государственный или негосударственный суд является компетентным в отношении переданного на его разрешение дела, если это дело является подведомственным. И здесь уместно будет перейти к рассмотрению понятия "подведомственность".

Подведомственность издавна является краеугольным камнем отечественной процессуальной науки: правоведы расходятся во взглядах при ее определении, признавая лишь, что в любом случае речь идет о распределении юридических дел между различными органами гражданской юрисдикции. При всем том на определенном этапе относительно понятия "подведомственность" сформировались две основные точки зрения. В соответствии с первой из них подведомственность представляет собой круг дел, отнесенных к ведению того или иного органа, согласно второй - свойство дел, в силу которого они подлежат разрешению определенными органами.

Думается, круг дел, на рассмотрение и разрешение которых уполномочен конкретный орган гражданской юрисдикции, нельзя рассматривать иначе как компетенцию (см. определение, данное выше). Говоря о круге дел, рассмотрение которых отнесено законом к юрисдикции определенного органа, под этим подразумевают круг главных (профильных) полномочий, т.е. компетенцию в узком ее значении.

Таким образом, следует согласиться с позицией тех ученых, которые признают подведомственность свойством юридических дел. Сказанное позволяет определить подведомственность как свойство нуждающегося в разрешении юридического дела, позволяющее отнести его к компетенции одного из органов гражданской юрисдикции. А применительно к судам подведомственность дела можно определить как свойство нуждающегося в разрешении дела, необходимого для отнесения его к компетенции одного из судов <1> (суда общей юрисдикции, арбитражного или третейского суда). Таким образом, утверждение о неподведомственности дела, например, арбитражному суду подразумевает отсутствие у дела свойства, необходимого для признания арбитражного суда компетентным судом в отношении этого дела.

<1> Подробнее о подведомственности дел (в том числе альтернативной подведомственности дел) см. в книге: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 50 - 52.

Но безусловно, определение компетентного суда не исчерпывается установлением у дела свойства подведомственности. И в частности, для решения вопроса о компетентности государственного суда в отношении переданного на его рассмотрение конкретного юридического дела необходимо дать оценку и свойству подсудности этого дела.

Подсудность, как уже указывалось выше, рассматривается как понятие, производное от понятия "подведомственность". Иными словами, подсудность - это в некотором роде разновидность подведомственности применительно к судам одной судебной системы. И если подведомственность является свойством юридического дела, позволяющим определить ту или иную систему федеральных судов, суд которой будет признаваться компетентным в отношении этого дела, то подсудность является свойством юридического дела, позволяющим определить конкретный суд одной из систем федеральных судов - конкретный арбитражный суд или суд общей юрисдикции.

Таким образом, следует отдельно рассматривать подсудность дела суду общей юрисдикции (свойство дела, в силу которого оно подлежит разрешению конкретным судом общей юрисдикции) и подсудность дела арбитражному суду (свойство дела, в силу которого оно подлежит разрешению конкретным арбитражным судом).

Подсудность принято подразделять на два вида: родовую и территориальную.

Прежде всего определяется родовая подсудность, под которой понимается такое свойство юридического дела, которое определяет уровень (звено) системы федеральных судов.

1. Согласно ст. 4 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" систему федеральных судов общей юрисдикции составляют:

- Верховный Суд РФ;

- верховные суды республик, краевые и областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов (далее - суды субъектов Российской Федерации);

- районные суды;

- военные и специализированные суды.

Статья 27 ГПК РФ относит к компетенции Верховного Суда РФ следующие дела:

- об оспаривании ненормативных правовых актов Президента РФ, Государственной Думы и Совета Федерации Федерального Собрания РФ, Правительства РФ;

- об оспаривании нормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, иных федеральных органов государственной власти (федеральных министерств и ведомств), затрагивающих права, свободы и законные интересы граждан и организаций;

- об оспаривании решений Высшей квалификационной коллегии судей РФ о приостановлении либо прекращении полномочий судей, привлеченных к дисциплинарной ответственности, об отставке судьи и о ее приостановлении, об отказе в рекомендации на должность судьи (ст. 26 Федерального закона от 14 марта 2002 г. N 30-ФЗ "Об органах судейского сообщества");

- о приостановлении деятельности или ликвидации политических партий, общероссийских и международных общественных объединений, о ликвидации централизованных религиозных организаций, имеющих местные религиозные организации на территориях двух и более субъектов Российской Федерации;

- об оспаривании решений (уклонения от принятия решений) Центральной избирательной комиссии РФ;

- по спорам между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, между органами государственной власти субъектов Российской Федерации;

- о реформировании Центральной избирательной комиссии РФ;

- иные дела, отнесенные к компетенции Верховного Суда РФ федеральными законами.

Таким образом, если дело подпадает под одну из категорий дел, поименованных в ст. 27 ГПК РФ, то оно рассматривается как обладающее родовой подсудностью для разрешения его Верховным Судом РФ в качестве суда первой инстанции. Любой другой суд, входящий в состав системы федеральных судов общей юрисдикции, не вправе принимать к рассмотрению такие дела.

Согласно ст. 26 ГПК РФ к компетенции судов субъектов Российской Федерации относятся следующие дела:

- связанные с государственной тайной;

- об оспаривании нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов Российской Федерации, затрагивающих права, свободы и законные интересы граждан и организаций;

- о приостановлении деятельности или ликвидации регионального отделения либо иного структурного подразделения политической партии, межрегиональных и региональных общественных объединений, о ликвидации местных религиозных организаций и т.п.; о приостановлении или прекращении деятельности СМИ, распространяемых преимущественно на территории одного субъекта Российской Федерации;

- об оспаривании решений (уклонения от принятия решений) избирательных комиссий субъектов Российской Федерации (независимо от уровня выборов, референдума), окружных избирательных комиссий по выборам в законодательные органы государственной власти субъектов Российской Федерации;

- о реформировании избирательных комиссий субъектов Российской Федерации, окружных избирательных комиссий по выборам в законодательные органы государственной власти субъектов Российской Федерации.

Следовательно, если дело подпадает под одну из категорий дел, поименованных в ст. 26 ГПК РФ, оно признается обладающим родовой подсудностью для рассмотрения его судом субъекта Российской Федерации в качестве суда первой инстанции (в соответствии с правилами территориальной подсудности).

На основании ст. 25 ГПК РФ, ст. 7 Федерального конституционного закона от 23 июня 1999 г. N 1-ФКЗ "О военных судах Российской Федерации" военные суды обладают компетенцией в рамках гражданского судопроизводства рассматривать дела о защите нарушенных и (или) оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов военнослужащих Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований и органов, граждан, проходящих военные сборы, от действий (бездействия) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятых ими решений.

В соответствии со ст. 24 ГПК РФ к компетенции районных судов отнесены все дела, не отнесенные к компетенции мировых судей <1> (ст. 23 ГПК РФ), к компетенции военных и иных специализированных судов (ст. 25 ГПК РФ), к компетенции судов субъектов Российской Федерации (ст. 26 ГПК РФ), к компетенции Верховного Суда РФ (ст. 27 ГПК РФ). Таким образом, районные суды являются компетентными судами в отношении весьма широкого круга дел, которые они вправе и обязаны рассматривать в качестве суда первой инстанции. Родовая подсудность дела районному суду определяется по остаточному принципу: если дело не подпадает под категории дел, упомянутых в ст. ст. 23, 25 - 27 ГПК РФ, оно рассматривается как обладающее родовой подсудностью для разрешения его районным судом в качестве суда первой инстанции (в соответствии с правилами территориальной подсудности).

<1> Институт мировых судей был введен в судебную систему Российской Федерации Федеральным законом от 17 декабря 1998 г. N 188-ФЗ "О мировых судьях в Российской Федерации". В соответствии со ст. 1 этого Закона мировые судьи являются судьями общей юрисдикции субъектов Российской Федерации и входят в единую судебную систему Российской Федерации, не входя в систему федеральных судов.

2. Согласно ст. 4 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" систему федеральных арбитражных судов составляют:

- Высший Арбитражный Суд РФ;
- федеральные арбитражные суды округов (арбитражные кассационные суды);
- арбитражные апелляционные суды;

- арбитражные суды первой инстанции в республиках, краях, областях, городах федерального значения, автономной области, автономных округах (далее - арбитражные суды субъектов Российской Федерации).

Согласно ч. 2 ст. 34 АПК РФ к компетенции Высшего Арбитражного Суда РФ отнесены дела:

- об оспаривании нормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

- об оспаривании ненормативных правовых актов Президента РФ, Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания РФ, Правительства РФ, не соответствующих закону и затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

- по экономическим спорам между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации, между субъектами Российской Федерации.

Таким образом, если дело подпадает под одну из категорий дел, поименованных в ч. 2 ст. 34 АПК РФ, это дело рассматривается как обладающее родовой подсудностью для разрешения его

Высшим Арбитражным Судом РФ в качестве суда первой инстанции. Иной суд, входящий в состав системы федеральных арбитражных судов, не вправе принимать к рассмотрению такие дела.

Арбитражные апелляционные суды и федеральные арбитражные суды округов не наделены полномочиями по разрешению дел в качестве суда первой инстанции; они выступают лишь в качестве судов апелляционной и кассационной инстанций соответственно.

В силу ч. 1 ст. 34 АПК РФ к компетенции арбитражных судов субъектов Российской Федерации отнесены все дела, за исключением дел, подсудных Высшему Арбитражному Суду РФ (ч. 2 ст. 34 АПК РФ). Таким образом, если дело не подпадает под категории дел, упомянутых в ч. 2 ст. 34 АПК РФ, оно обладает свойством родовой подсудности, позволяющим рассматривать его арбитражным судом субъекта Российской Федерации в качестве суда первой инстанции (в соответствии с правилами территориальной подсудности).

Изложенное свидетельствует о том, что родовая подсудность конкретного юридического дела позволяет определить уровень (звено) системы федеральных судов, суд которого компетентен рассматривать это дело в качестве суда первой инстанции. В системе федеральных судов общей юрисдикции это может быть Верховный Суд РФ, суды субъектов Российской Федерации, районные суды или специализированные суды; в системе федеральных арбитражных судов - Высший Арбитражный Суд РФ или арбитражные суды субъектов Российской Федерации.

Однако для решения задачи определения конкретного суда, компетентного рассмотреть и разрешить дело в качестве суда первой инстанции, использования только правил родовой подсудности обычно недостаточно. Это обусловлено тем, что построение системы федеральных судов таково, что в одних случаях уровень (звено) системы представлен единственным судом (Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ), в других же охватывает значительное число судов. И во втором случае встает задача определения компетентного суда среди судов одного уровня (т.е. (1) среди судов субъектов Российской Федерации, либо (2) среди районных судов, либо (3) среди арбитражных судов субъектов Российской Федерации), которая решается исходя из свойства территориальной подсудности дела.

Территориальная подсудность как свойство юридического дела позволяет определить компетентный суд среди судов одного уровня (звена) системы федеральных судов (если этот уровень объединяет несколько судов).

Общая территориальная подсудность определяется местом нахождения или местом жительства ответчика, иными словами, исковое требование предъявляется в суд по месту нахождения или месту жительства ответчика (ст. 28 ГПК РФ; ст. 35 АПК РФ). Следовательно, в соответствии с общим правилом территориальной подсудности дело подлежит рассмотрению судом, действующим на той территории, на которой находится ответчик (юридическое лицо) либо проживает ответчик (гражданин).

Вместе с тем ГПК РФ и АПК РФ предусматривают три исключения из общего правила.

Во-первых, законодательно закреплена допустимость в определенных случаях альтернативной (территориальной) подсудности. Это означает, что по некоторым категориям дел истцу предоставляется право выбора суда, которому он передаст на рассмотрение и разрешение юридическое дело. Иными словами, истец законом наделяется правом предъявить иск в суд по собственному выбору: либо по месту нахождения ответчика (по общему правилу территориальной подсудности), либо по месту, специально указанному в законе.

Согласно ст. 29 ГПК РФ истец может выбрать по своему усмотрению суд в случаях, если иск предъявлен:

- к ответчику, место жительства которого неизвестно или который не имеет места жительства в Российской Федерации, - по месту нахождения имущества ответчика либо по его последнему известному месту жительства в Российской Федерации;

- к организации, вытекающий из деятельности ее филиала или представительства, - по месту нахождения филиала или представительства организации;

- о взыскании алиментов и установлении отцовства - по месту жительства истца;

- о расторжении брака - по месту жительства истца, если при нем находится несовершеннолетний или если по состоянию здоровья выезд истца к месту жительства ответчика затруднителен для первого;

- о возмещении вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или в результате смерти кормильца, - по месту жительства истца или по месту причинения вреда;

- о восстановлении трудовых, пенсионных и жилищных прав, возврате имущества или его стоимости, связанных с возмещением убытков, причиненных гражданину незаконным осуждением, незаконным привлечением к уголовной ответственности, незаконным применением в качестве меры пресечения заключения под стражу, подписки о невыезде либо незаконным наложением административного взыскания в виде ареста, - по месту жительства истца;

- о защите прав потребителей - по месту жительства или месту пребывания истца либо по месту заключения или месту исполнения договора;

- о возмещении убытков, причиненных столкновением судов, взыскании вознаграждения за оказание помощи и спасание на море - по месту нахождения судна ответчика или порта приписки судна;

- из договоров, в которых указано место их исполнения, - по месту исполнения договора.

Кроме того, в силу ч. 1 ст. 31 ГПК РФ иск к нескольким ответчикам, проживающим или находящимся в разных местах, предъявляется по месту жительства или месту нахождения одного из ответчиков по выбору истца. Согласно ч. 2 ст. 254 ГПК РФ по делам об оспаривании решения, действия (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих заявление может быть подано гражданином по месту его жительства или по месту нахождения органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностного лица, государственного или муниципального служащего, решение, действие (бездействие) которых оспаривается.

Статья 36 АПК РФ ограничивает применение альтернативной подсудности случаями, когда иск предъявлен:

- к ответчику, место нахождения (место жительства) которого неизвестно, - по месту нахождения имущества ответчика либо по его последнему известному месту нахождения или месту жительства;

- к ответчикам, находящимся или проживающим на территориях разных субъектов Российской Федерации, - по месту нахождения (месту жительства) одного из ответчиков;

- к ответчику, находящемуся или проживающему на территории иностранного государства, - по месту нахождения на территории Российской Федерации имущества ответчика;

- из договора, в котором указано место его исполнения, - по месту исполнения договора;

- к юридическому лицу, вытекающий из деятельности его филиала, представительства, расположенных вне места нахождения юридического лица, - по месту нахождения юридического лица или его филиала, представительства;

- о возмещении убытков, причиненных столкновением судов, взыскании вознаграждения за оказание помощи и спасание на море - по месту нахождения судна ответчика или порта приписки судна ответчика либо по месту причинения убытков.

Во-вторых, действующее процессуальное законодательство предусматривает специальное правило, согласно которому территориальная подсудность отдельных категорий дел императивно установлена законом и не допускает ее изменения ни при каких условиях. Это - исключительная (территориальная) подсудность, закрепленная в ст. 30, ч. 2 ст. 31 ГПК РФ, ст. 38 АПК РФ. В отношении предусмотренных в названных статьях категорий дел исключена возможность рассмотрения и разрешения их в каком-либо другом суде или арбитражном суде соответственно кроме прямо названного в процессуальном законе.

В силу ст. 30 ГПК РФ исключительная подсудность распространяется на иски:

- о правах на земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания, в том числе жилые и нежилые помещения, строения, сооружения, другие объекты, прочно связанные с землей, а также об освобождении недвижимого имущества (предъявляются по месту нахождения этих объектов или арестованного имущества);

- кредиторов наследодателя, предъявляемые до принятия наследства (предъявляются по месту открытия наследства);

- к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки (предъявляются по месту нахождения перевозчика, к которому в установленном порядке была предъявлена претензия).

Согласно ч. 2 ст. 31 ГПК РФ встречные иски предъявляются по месту рассмотрения первоначального иска.

Статья 38 АПК РФ устанавливает исключительную подсудность в отношении:

- исков о правах на недвижимое имущество (предъявляются по месту нахождения этого имущества);

- исков о правах на морские и воздушные суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (предъявляются по месту их государственной регистрации);

- исков к перевозчику, вытекающих из договора перевозки грузов, пассажиров и их багажа, в том числе в случае, если перевозчик является одним из ответчиков (предъявляются по месту нахождения перевозчика);

- заявлений о признании должника банкротом (подаются по месту нахождения должника);

- заявлений об установлении фактов, имеющих юридическое значение (подаются по месту нахождения (месту жительства) заявителя), за исключением заявления об установлении фактов, имеющих юридическое значение для возникновения, изменения или прекращения прав на недвижимое имущество (подаются по месту нахождения недвижимого имущества);

- заявлений об оспаривании решений и действий (бездействия) судебного пристава-исполнителя (подаются по месту его нахождения);

- заявлений по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства (подаются по месту государственной регистрации на территории Российской Федерации организации-ответчика);

- заявлений по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства и не имеющими государственной регистрации на территории Российской Федерации (подаются в Арбитражный суд Московской области);

- заявлений об оспаривании решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (подаются в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда <1>);

<1> К сожалению, законодатель был непоследователен в установлении правил подсудности в отношении данных заявлений. Часть 3 ст. 230 АПК РФ предусматривает, что заявление об отмене решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда (т.е. аналогична ст. 38 АПК РФ). В то же время ч. 3 ст. 236 АПК РФ устанавливает правило о том, что заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника - стороны третейского разбирательства.

- заявлений о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (подаются стороной, в пользу которой состоялось решение иностранного суда, в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения (месту жительства) должника либо, если место нахождения (место жительства) должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника);

- встречных исков (предъявляются по месту рассмотрения первоначального иска);

- исков о возмещении убытков, причиненных неисполнением определения арбитражного суда об обеспечении иска (предъявляются по месту рассмотрения иска, применительно к которому применялись обеспечительные меры (ч. 6 ст. 96 АПК РФ)).

В-третьих, отступлением от общего правила территориальной подсудности выступает договорная (территориальная) подсудность, возможность которой предусмотрена ст. 32 ГПК РФ (стороны могут по соглашению между собой изменить территориальную подсудность данного дела до принятия его судом к своему производству; подсудность, установленная ст. ст. 26, 27 и 30 ГПК РФ, не может быть изменена соглашением сторон) и ст. 37 АПК РФ (подсудность, установленная ст. ст. 35 и 36 АПК РФ, может быть изменена по соглашению сторон до принятия арбитражным судом заявления к своему рассмотрению).

Правила договорной подсудности предоставляет сторонам возможность своим соглашением определить суд, в который они обратятся с иском в случае возникновения между ними спора, но эти возможности ограничены рядом положений:

- такое договорное изменение подсудности дела возможно только до момента вынесения судом определения о возбуждении производства по делу;

- не допускается изменение родовой подсудности;

- не допускается изменение исключительной (территориальной) подсудности.

Как отмечает Н.Г. Елисеев, допущение возможности соглашением сторон изменить подсудность спора обусловлено тем, что "любая система подсудности, даже очень хорошо разработанная, но строящаяся на обобщенных абстрактных категориях разграничения юрисдикций, не может в полном объеме учесть многообразие интересов спорящих сторон. Нормативные предписания не обеспечивают достаточной точности прогнозирования развития правоотношений... Договорная подсудность позволяет сторонам изменить диспозитивные предписания о подсудности и выбрать тот суд, который для них является наиболее удобным" <1>.

<1> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: источники, судоустройство, подсудность. М.: Статут, 2000. С. 73.

Вместе с тем положениями процессуального права некоторых зарубежных стран возможность изменения территориальной подсудности соглашением сторон ограничивается. Например, существенное ограничение заключения соглашений о подсудности содержится во Французском гражданском процессуальном кодексе, ст. 48 которого предусматривает, что "любое договорное условие, которое прямо или косвенно нарушает требования территориальной подсудности, считается несуществующим, если только оно не было принято исключительно между лицами, заключившими сделку в качестве коммерсантов, и если оно не было совершенно ясно оговорено в обязательстве стороны, против которой выдвигается" <1>. То есть по общему правилу

изменение территориальной подсудности не допускается; такое право имеют только коммерсанты (лица, обладающие статусом коммерсантов), которые должны четко и ясно выразить в договоре свою волю на изменение подсудности.

<1> Цит. по: Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции / Пер. с фр. В. Захватаева. Киев: Истина, 2004. С. 43.

Схожие правила содержатся и в Гражданском процессуальном уложении Германии (далее - ГПУ Германии), в котором по существу установлена недопустимость соглашений о подсудности <1>. Согласно § 38 (1) ГПУ Германии суд первой инстанции, не обладающий компетенцией, приобретает такую в результате прямого или молчаливого соглашения сторон, если стороны договора являются коммерсантами, юридическими лицами публичного права или публично-правовыми имущественными образованиями. В силу § 38 (2) ГПУ Германии подсудность суду первой инстанции может также основываться на соглашении, если хотя бы одна из сторон договора не имеет общей подсудности в стране. На основании § 38 (3) ГПУ Германии в иных случаях соглашение о подсудности допускается, только если оно прямо касается подсудности и заключается в письменной форме: 1) после возникновения спора; 2) тогда, когда сторона, к которой должно быть предъявлено исковое требование, после заключения договора перенесла место жительства либо место обычного пребывания за пределы действия настоящего закона или если место ее жительства либо место обычного пребывания в момент предъявления иска неизвестно.

<1> См.: Гражданское процессуальное уложение Германии / Введение сост. В. Бергман. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 12 - 13.

Запрет на некоторые виды соглашений о подсудности содержится, например, и в законодательстве Австрии. Так, в целях исключения возможности ущемления интересов неосведомленной или экономически более слабой стороны такие ограничения установлены Законом о подсудности по трудовым и социальным делам от 7 марта 1985 г., Законом о защите прав потребителей <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. М.: Велби; Проспект, 2004. С. 160.

2. Понятие соглашения о подсудности и проблемы его правового регулирования

Соглашение о подсудности есть соглашение, по условиям которого стороны договариваются передать уже возникший между ними или возможный в будущем спор на рассмотрение конкретного суда или арбитражного суда (в зависимости от подведомственности дела).

Следует сразу подчеркнуть, что, имея некоторую свободу в отношении подсудности дела, стороны в любом случае не могут изменить его подведомственность <1> (о ней говорилось в ч. 1 настоящей главы). Иными словами, своим соглашением стороны не могут отнести спор, подведомственный суду общей юрисдикции, к подведомственности арбитражного суда и, напротив, спор, относящийся к компетенции арбитражного суда, сделать подведомственным суду общей юрисдикции. Правила подведомственности установлены законом императивно и не могут быть изменены соглашением сторон.

<1> Это положение нашло свое подтверждение в судебной практике (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 14 ноября 2000 г. N 7862/00).

Как уже указывалось, ст. 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ (предусматривающие возможность изменения соглашением сторон общей территориальной подсудности и альтернативной (территориальной) подсудности) прямо запрещают изменение родовой либо исключительной (территориальной) подсудности <1>. Описывая подобные ограничения, Е.В. Васьковский писал: "...тяжущиеся не вправе обратиться прямо в суд высшей инстанции, минуя первую и выбрав для разрешения дела какую-либо судебную палату или гражданский департамент Сената... соглашением сторон могут быть изменяемы только общая и специальная подсудность, но не исключительная, которая безусловно обязательна, так как установлена не столько в интересах сторон, сколько в видах лучшего опрвления правосудия. Устав (гражданского судопроизводства) прямо оговаривает это по отношению к подсудности по месту нахождения недвижимости (ст. 228); но такое же безусловно обязательное значение следует признать и за прочими основаниями исключительной подсудности" <2>.

<1> Схожие положения о недопустимости изменения подведомственности, а также родовой и исключительной подсудности содержатся в праве большинства зарубежных стран, например, в законодательстве Австрии, Швейцарии (подробнее см.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 160, 176, 180).

<2> Васьяковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 154.

Вследствие сказанного соглашения о подсудности, не соответствующие данным запретительным нормам, не имеют правового значения и не могут приниматься судом (арбитражным судом) во внимание.

Основная проблема правового регулирования соглашения о подсудности состоит в том, что это соглашение на сегодняшний день по сути вовсе не урегулировано законодательством. Так, ст. 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ, фиксируя правило о том, что стороны соглашением сторон вправе изменить подсудность дела, не предъявляют никаких специальных требований к этому соглашению (в отличие, например, от законодательства о третейском разбирательстве, в котором специально определены форма и содержание арбитражного (третейского) соглашения (ст. 7 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже"; ст. 7 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации"))).

В первую очередь это можно объяснить тем, что в отличие от германской доктрины, которая, как подчеркивает Н.Г. Елисеев, "среди правовых систем континентальной Европы выделяется детальной разработкой теории процессуального договора" <1> (к числу которых многие германские правоведы относят и соглашение о подсудности), ни российская доктрина процессуального права, ни российская цивилистическая доктрина исстари не занимались проработкой общей теории таких договоров. Именно незаинтересованность отечественных правоведов в этой весьма интересной, важной и все более востребованной практикой категории соглашений, предопределившая фактическое отсутствие ее законодательного регулирования, привела к тому, что судебная практика, обнаруживая те или иные проблемы, возникающие в связи с соглашением о подсудности, лишена возможности отыскать какую-либо опору при попытке их разрешения.

<1> Елисеев Н.Г. Допустимость процессуальных договоров в российском и зарубежном праве // Хозяйство и право. 2007. N 8.

В противоположность отечественной доктрине, не обнаруживающей самостоятельных исследований, посвященных правовой природе соглашений о подсудности, доктрина зарубежных стран гораздо богаче на различного рода мнения в отношении описываемого соглашения. Н.Г. Елисеев, исследуя соглашение о подсудности и отметив, что в доктрине зарубежных государств в отношении соглашения о подсудности высказываются различные точки зрения, пишет: "Одни авторы склонны рассматривать его как материально-правовую категорию, поскольку в нем присутствуют те же элементы, что и в любом другом договоре. Другие, исходя из того, что основная его цель находится в сфере судебной процедуры, видят в нем институт процессуального права. Третьи называют соглашение о подсудности договором *sui generis*" <1>.

<1> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 87 - 88; Он же. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: источники, судоустройство, подсудность. С. 74 - 75.

Не углубляясь в анализ правовой природы соглашения о подсудности, хотелось бы поддержать позицию, согласно которой соглашение о подсудности рассматривается как материально-правовая категория (гражданско-правовой договор-сделка) <1>. Это прежде всего обусловлено тем, что порядок заключения такого рода соглашений подчинен положениям гражданского права; при их оценке суд проверяет не процессуальную правосубъектность его сторон, а материальную (гражданско-правовую).

<1> Позиция автора настоящей главы относительно соглашения о подсудности как относящегося к категории гражданско-правовых сделок, направленных на защиту прав, на сегодняшний день наиболее полно отражена в кн.: Рожкова М.А. Ординарные сделки и сделки, направленные на защиту прав // Сделки: проблемы теории и практики / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008.

Кроме того, заключая соглашение о подсудности, стороны не имеют цели каким-либо образом воздействовать на саму процедуру (судебный процесс), да такое намерение было бы

лишено всякого смысла, поскольку деятельность всех судов и арбитражных судов подчинена единым правилам, установленным ГПК РФ и АПК РФ соответственно. "Движущей силой" заключения соглашения о подсудности, как правило, является желание сторон создать себе дополнительные удобства, что препятствует признанию данной сделки процессуальным соглашением, направленным на содействие задачам судопроизводства; отказываясь от услуг одного суда и договариваясь передать свой спор на рассмотрение другого суда, стороны "свободны в мотивах, которыми они руководствуются, изменяя подсудность" <1>, и исходят исключительно из своих частных интересов <2>, но никак не из задач судопроизводства, которое на момент совершения сделки даже и не ведется.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Г.А. Жилина. М.: Велби, 2003. С. 106 (автор комментария - В.М. Жуйков).

<2> Стороны могут исходить из более удобного территориально места нахождения суда (арбитражного суда) первой инстанции либо избрать суд (арбитражный суд), находящийся в достаточной отдаленности от них, чтобы исключить возможность заинтересованности и т.д.

Заключение соглашения о подсудности дает основание заинтересованной стороне предъявить иск в суд (арбитражный суд), избранный самими сторонами. Наличие в силу такого соглашения у суда (арбитражного суда) компетенции влечет за собой принятие иска к производству и последующее его разрешение; в случае дефектности такого соглашения у суда отсутствует компетенция на рассмотрение передаваемого спора и в силу этого наступает такое последствие, как возвращение искового заявления. Таким образом, процессуальные последствия являются прямым следствием наличия или отсутствия у суда (арбитражного суда) компетенции, но не самого соглашения о подсудности. Отсюда можно сделать вывод об отсутствии у соглашения о подсудности непосредственных процессуальных последствий.

Помимо сказанного надо отметить также то, что соглашения о подсудности допускают их изменение и расторжение сторонами. И поскольку соглашение о подсудности "представляет собой договор... потому требует, для своей действительности, наличности всех тех условий, которые необходимы для действительности КАЖДОГО ВООБЩЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - М.Р.)" <1>; в основе классификаций недействительности этих сделок главным образом находится та классификация недействительности сделок, которая выработана в теории гражданского права. Существует и еще ряд оснований, позволяющих относить соглашения о подсудности именно к гражданско-правовым сделкам, а не к процессуальным соглашениям.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. С. 154.

Учитывая, что возможность договорного изменения территориальной подсудности предусмотрена как в ГПК РФ, так и в АПК РФ, на что неоднократно указывалось выше, правом заключить соглашение о подсудности обладает как гражданин, так и организация. Указанное допущение принципиально не совпадает с положениями французского и немецкого права, в котором применение этого соглашения, по сути, ограничено определенным кругом лиц - коммерсантами (об этом упоминалось в ч. 1 настоящей главы).

Изменяя своим соглашением место рассмотрения и разрешения спора (в отличие от того, как оно определено правилами ГПК РФ и АПК РФ), стороны изменяют свойство юридического дела, делая его подсудным вместо одного суда (арбитражного суда) другому суду (арбитражному суду) одного уровня. Реализация этой возможности может быть осуществлена несколькими путями, на которых стоит остановиться подробнее.

Характеризуя соглашение о подсудности, иногда указывают, что оно также "называется пророгацией или пророгационным договором" <1>. Такое указание не совсем точно, поскольку соглашение о подсудности может предусматривать:

<1> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. М.С. Шакарян. М.: Велби; Проспект, 2003. С. 83 (автор комментария - Е.Е. Уксусова).

- пророгацию (пророгационное соглашение о подсудности, которым стороны определяют подсудность их дела суду (арбитражному суду), компетенция которого в отсутствие такого соглашения не распространяется на это дело). В качестве примера пророгации можно привести следующую ситуацию. Договор купли-продажи заключают юридические лица, местом нахождения одного из которых является г. Санкт-Петербург, а местом нахождения другого - г. Краснодар. При этом соглашением о подсудности предусматривается отнесение всех споров, возникающих из этого (основного) договора, к компетенции Арбитражного суда Тульской области - суда, который не являлся бы компетентным судом в отношении этих споров в отсутствие такого (пророгационного) соглашения о подсудности;

- дерогацию (дерогационное соглашение о подсудности, которым стороны исключают подсудность их дела суду (арбитражному суду), компетенция которого в отсутствие такого соглашения распространяется на это дело). Возьмем ту же ситуацию с заключением договора купли-продажи с участием лиц, находящихся на территории различных субъектов Российской Федерации. Дерогация будет иметь место в том случае, если соглашением о подсудности будет предусматриваться исключение всех споров, возникающих из этого (основного) договора, из компетенции Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области - суда, который в отсутствие этого (дерогационного) соглашения являлся бы компетентным судом в отношении требований, предъявляемых стороной из г. Краснодара.

Не углубляясь в анализ соотношения пророгационных и дерогационных соглашений о подсудности - проблему, заслуживающую самостоятельного исследования и обычно обсуждаемую в рамках проблематики международного частного права, хотелось бы указать, что вообще соглашение о подсудности весьма многовариантно и может предусматривать различные модификации установления подсудности, к которым, в частности, относятся следующие.

Во-первых, стороны, проживающие или находящиеся на территории различных субъектов Российской Федерации, могут предусмотреть в соглашении подсудность споров суду (арбитражному суду), находящемуся вне зоны их места жительства или места нахождения (пророгационное соглашение о подсудности в чистом виде). Как указывается в литературе, "стороны, находящиеся, скажем, в Перми и Екатеринбурге, могут договориться о рассмотрении возникающих между ними споров в Арбитражном суде Челябинской области" <1>.

<1> Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ / Под ред. И.В. Решетниковой. М.: Норма, 2006. С. 46.

Во-вторых, указанным правом могут воспользоваться и стороны, проживающие или находящиеся на территории одного субъекта Российской Федерации. Таким образом, нельзя исключать ситуации, когда юридические лица, находящиеся на территории Московской области, в качестве компетентного суда, которому будут подсудны споры, возникшие из заключенного ими основного договора, укажут, к примеру, Арбитражный суд Тверской области. Либо "две фирмы, находящиеся, допустим, в Москве, согласовали в качестве компетентного суда Арбитражный суд Приморского края" <1>.

<1> Комарицкий С.И. Договорная подсудность - есть нюансы // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 11 (СПС "КонсультантПлюс").

В-третьих, стороны, место жительства или место нахождения которых расположено на территории различных субъектов Российской Федерации, могут избрать суд (арбитражный суд) по месту жительства (или нахождения) одной из них. В этом случае все споры, возникающие из договора, будут рассматриваться по месту жительства или месту нахождения одной из сторон договора. Эта практика широко распространена, и Н.Г. Елисеев по этому поводу пишет: "Крупные торговые фирмы, имеющие многочисленных клиентов в различных уголках страны или за границей, не желают подвергаться риску ведения процессов в отдаленных судах для взыскания с плательщиков задолженностей. Поэтому они навязывают соглашения, в силу которых споры из торговых сделок отнесены к компетенции суда по месту нахождения продавца" <1>.

<1> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 87.

В-четвертых, как указывалось выше, стороны, место жительства или место нахождения которых расположено на территории различных субъектов Российской Федерации, могут исключить споры, возникающие из заключенного ими договора, из компетенции суда (арбитражного суда) по месту жительства (или нахождения) одной из них (дерогационное соглашение о подсудности в чистом виде).

В-пятых, нужно иметь в виду, что в некоторых случаях основной (гражданско-правовой) договор может содержать в себе так называемое косвенное соглашение о подсудности <1>. Действительно, заключая договор, стороны нередко оговаривают в нем место исполнения обязательства. Это условие, согласованное сторонами, в силу ч. 9 ст. 29 ГПК РФ, ч. 4 ст. 36 АПК РФ (альтернативная подсудность) позволяет истцу избирать компетентный суд по месту жительства или месту нахождения ответчика либо по месту исполнения договора. Таким образом, согласовывая место исполнения обязательств, стороны тем самым как бы расширяют границы подсудности возможных споров.

<1> См. о нем, например, п. 1.4 гл. II настоящей книги.

Как писал Е.В. Васьковский, "обязательная сила соглашения о подсудности выражается в том, что если истец предъявит иск в каком-либо другом суде, то ответчик вправе заявить отвод о неподсудности, и наоборот, когда иск предъявлен в избранном по соглашению сторон суде, то ответчик лишается права отвода, хотя бы дело по общим правилам подсудности подлежало ведению другого суда" <1>.

<1> Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. С. 154.

При этом принципиально важным является то обстоятельство, что соглашение о подсудности не только связывает стороны, которые должны соблюдать его условия при обращении в суд (арбитражный суд), но является обязательным и для суда (арбитражного суда). И, таким образом, судья обязан принять исковое заявление к производству, если изменение подсудности соглашением сторон произведено с соблюдением правил о договорной подсудности (ст. 32 ГПК РФ; ст. 37 АПК РФ).

Вследствие этого при анализе соглашения о подсудности суду (арбитражному суду) необходимо проверить его на предмет исполнимости, что подразумевает проверку того, что:

1) из формулировок соглашения явно следует, что воля его сторон была направлена на изменение территориальной подсудности определенного спора (категории споров) либо споров, возникающих из определенных правоотношений;

2) соглашение заключено в отношении общей или альтернативной (территориальной) подсудности;

3) в тексте соглашения содержится указание на суд (арбитражный суд), которому стороны договорились передать на рассмотрение и разрешение возникший или могущий возникнуть спор.

В условиях соответствия соглашения о подсудности названным критериям у суда (арбитражного суда) отсутствуют основания для возвращения искового заявления по мотиву его неподсудности данному суду (арбитражному суду) <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Московского округа от 11 апреля 2005 г. по делу N КГ-А40/2264-05; ФАС Восточно-Сибирского округа от 12 апреля 2006 г. по делу N А19-3836/06-31-Ф02-1415/06-С2.

В то же время в ситуации, когда иск предъявляется с нарушением положения о подсудности, сформулированного в соглашении, исковое заявление подлежит возвращению заявителю (п. 2 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ; п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ). Возвращение искового заявления по мотиву неподсудности дела одному суду (арбитражному суду) в соответствии с ч. 3 ст. 135 ГПК РФ, ч. 6 ст. 129 АПК РФ не препятствует повторному обращению с таким же иском в другой суд (арбитражный суд) с соблюдением положений, содержащихся в соглашении о подсудности.

Не исключено, что после принятия искового заявления к производству судом (арбитражным судом) ответчик будет возражать в отношении подсудности иска, ссылаясь на недействительность соглашения о подсудности или отсутствие у него юридической силы. При наличии таких возражений суд (арбитражный суд) должен исследовать соглашение о подсудности на предмет отсутствия дефекта воли сторон (например, в силу заблуждения, обмана и др.) либо очевидного отсутствия полномочий представителя стороны при подписании этого соглашения. Он также должен дать оценку доводам, если таковые были высказаны, об утрате соглашением юридической силы (например, вследствие расторжения этого соглашения или истечения срока действия этого соглашения, если стороны определили этот срок, и т.д.).

В том случае, если суд (арбитражный суд) согласится с обоснованностью хотя бы одного из указанных возражений (об отсутствии у соглашения юридической силы или о недействительности соглашения), данное дело признается принятым с нарушением правил подсудности и подлежит передаче в компетентный суд (арбитражный суд) в соответствии с положениями п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ.

Данное правило распространяется на случаи судебных ошибок, т.е. случаи, когда дело ошибочно было принято к производству. В ситуации же, когда дело было принято к производству с соблюдением правил подсудности, но в процессе разрешения спора стало подсудным другому суду (арбитражному суду), действует правило ч. 1 ст. 33 ГПК РФ, ч. 1 ст. 39 АПК РФ о том, что передача таких дел в другой суд (арбитражный суд) недопустима. Пример такой ситуации описан в литературе.

Акционерное общество обратилось в арбитражный суд А. с иском к муниципальному унитарному предприятию о взыскании задолженности по договору строительного подряда <1>. В данном договоре стороны закрепили условие о подсудности дел, возникающих из этого договора, арбитражному суду А. (при том, что место нахождения ответчика было на территории другого субъекта Российской Федерации).

<1> Подробнее об этом деле см.: Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. С. 48 - 50.

Арбитражный суд А., установив, что договор строительного подряда является ничтожной сделкой, сделал вывод о том, что и содержащееся в нем условие об изменении подсудности (т.е. отнесении дела к подсудности арбитражного суда А.) ничтожно. Руководствуясь этим, арбитражный суд А. счел, что в данном случае действует общее правило территориальной подсудности, установленное ст. 35 АПК РФ, в соответствии с которым дело подлежит рассмотрению в арбитражном суде того же уровня по месту нахождения ответчика. И обосновав свое решение п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ, арбитражный суд А. направил дело в названный арбитражный суд.

Анализируя изложенное дело, нельзя оставить без внимания ошибочность признания недействительным соглашения о подсудности "вкупе" с основным договором (здесь - договором строительного подряда).

Основной договор и соглашение о подсудности являются самостоятельными (автономными) по отношению друг к другу, независимыми друг от друга. И, таким образом, даже отсутствие между сторонами гражданского правоотношения (по причине недействительности основного договора-сделки) не влечет автоматически недействительность соглашения о подсудности (т.е. налицо аналогия соотношения основного договора и арбитражного соглашения). И наоборот, недействительность соглашения о подсудности никоим образом не сказывается на действительности основного договора.

Подтверждение сказанному можно отыскать в норме ст. 446 ГК РФ, согласно которой стороны, не заключившие еще основного договора, вправе передать свои разногласия, возникшие при его заключении, на рассмотрение суда (государственного или третейского), что предполагает возможность заключения ими и соглашения о подсудности. Право зарубежных стран также подтверждает самостоятельность названных соглашений, допуская (хотя и ограниченно) заключение соглашений о подсудности в отношении будущих договоров <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 179.

Другой ошибкой арбитражного суда, допущенной в разобранном деле, было направление дела на рассмотрение в другой арбитражный суд при том, что само дело уже было фактически рассмотрено по существу (договор, положенный в основу иска, был признан ничтожным, дана оценка иным значимым для дела обстоятельствам), что нашло отражение в определении о передаче дела. То есть суд, признав себя некомпетентным в отношении принятого дела, при этом фактически предрешил дальнейшую судьбу спора <1>.

<1> В практике встречаются и иные ситуации: например, суд принял к своему производству дело об оспаривании договора, одним из условий которого было соглашение о подсудности. На предварительном судебном заседании "судья допустил высказывание, предрешающее разрешение дела, сказав, что договор ничтожен, а следовательно, действует общая территориальная подсудность, и передал дело в другой арбитражный суд по подсудности. Тем самым судья допустил две грубые ошибки: предрешил рассмотрение дела, что может быть основанием для отвода, направил дело подсудности в другой суд, хотя существовала договорная подсудность" (Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. С. 45 - 46).

Положения, содержащиеся в ч. 1 ст. 33 ГПК РФ, ч. 1 ст. 39 АПК РФ, казалось бы, дают основания для вывода о том, что суд (арбитражный суд), обнаруживший ошибочность принятия дела к своему производству, должен без промедления передать это дело в другой (компетентный) суд (арбитражный суд). Однако такое умозаключение было бы слишком поспешным и непродуманным.

Существующая реальность не позволяет исключать ситуации, когда одна из сторон захочет воспользоваться ошибкой, допущенной судом при решении вопроса подсудности, использовав ее в свою пользу. Предположим следующее развитие событий.

Истец, добросовестно заблуждаясь, предъявил исковое требование с нарушением условия о подсудности, установленного соглашением о подсудности, которое суд принял к производству. Ответчик, не оспаривая подсудность дела, вступил в процесс, участвовал в судебном разбирательстве, полностью реализуя свои процессуальные права. Однако, убедившись, к примеру, в слабости собственной правовой позиции или недостаточности доказательственной базы, ответчик пришел к выводу о том, что данное дело, очевидно, будет разрешено не в его пользу. Уяснив данное обстоятельство, он может (вплоть до момента удаления суда в совещательную комнату для вынесения окончательного решения) заявить о неподсудности дела.

И в соответствии с положениями ч. 1 ст. 33 ГПК РФ и ч. 1 ст. 39 АПК РФ суд обязан передать дело в другой (компетентный) суд.

Таким образом, фактически разрешенное дело будет передано на рассмотрение и разрешение в другой суд (арбитражный суд), где судебное разбирательство должно начаться с самого начала, а уже установленные факты должны вновь доказываться сторонами.

Безусловно, такое положение вещей не совсем нормально. И, думается, для цели исключить вероятность манипулирования упомянутыми нормами процессуальное законодательство могло бы быть дополнено положением, подобным содержащемуся в законодательстве о третейском разбирательстве: сторона вправе заявить о неподсудности суду дела, принятого им к своему производству, до момента представления ею первого заявления по существу дела, за исключением случаев, когда нарушены императивные предписания о подсудности. То есть в ситуации, когда дело принято с нарушением правил общей, или альтернативной территориальной, или договорной подсудности, и ответчик, представляя отзыв по существу предъявленных требований, не указывает на это обстоятельство, дело переходит в разряд подсудных данному суду.

В ситуации отсутствия подобных норм суды пытаются искать выход из сложных ситуаций.

Так, истец в нарушение заключенного сторонами соглашения о подсудности спора предъявляет иск в арбитражный суд по месту нахождения ответчика <1>. Подсудность дела ответчиком в процессе судебного разбирательства не оспаривается.

<1> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 3 сентября 2002 г. по делу N Ф03-А80/02-1/1755.

Решение по делу выносится в пользу истца, и ответчик, обжалуя его в апелляционную инстанцию, указывает в числе прочих аргументов на нарушение договорной подсудности, установленной соглашением сторон.

Арбитражный суд апелляционной инстанции отменяет вынесенное решение и прекращает производство по делу.

Арбитражный суд кассационной инстанции, отменив постановление апелляционной инстанции, направляет дело в эту же инстанцию и указывает при этом следующее: "Вывод суда апелляционной инстанции является ошибочным, не соответствующим статьям 434, 435, 438 ГК РФ, так как фактически условие о подсудности по месту нахождения истца (Арбитражный суд г. Москвы), указанное в соглашении, сторонами было изменено, поскольку истец, предъявив иск по месту нахождения ответчика, тем самым предложил такие изменения в соглашении (оферта), а ответчик, направив отзыв по существу иска, не возразив против измененной подсудности, принял такие изменения (акцепт). Такие действия лиц, участвующих в деле, позволяют сделать вывод о том, что в соответствии со статьями 434, 435, 438, 452 ГК РФ стороны изменили условия договора о подсудности".

Согласившись с позицией недопущения в подобных условиях прекращения производства по делу, вряд ли можно поддержать вывод о договорном изменении подсудности: здесь свойство подсудности дела изменилось в силу отсутствия возражений ответчика.

На аналогичный подход, существовавший в дореволюционном праве, указывал Е.В. Васьковский, описывая ситуацию "незаявления ответчиком своевременно отвода о неподсудности: если иск предъявлен с нарушением правил подсудности и ответчик не возразил против этого НЕМЕДЛЕННО (выделено мной. - М.Р.), то производство дела будет продолжаться так же, как если бы оно было подсудно данному суду" <1>.

<1> Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. С. 154. При этом ученый пояснял: "Этот случай часто считают особым видом пророгации, именно молчаливым, безмолвным соглашением сторон. Но в действительности образ действий истца и ответчика может быть результатом не сознательного желания подчинить данное дело юрисдикции определенного суда, а просто ошибки или небрежности, если, например, истец обратился с иском в известный суд, ошибочно думая, что ответчик живет в округе этого суда, а ответчик пропустил срок на заявление отвода по небрежности. Следовательно, иск делается подсудным данному суду не потому, что состоялось молчаливое соглашение между сторонами, а потому, что ответчик не воспользовался предоставленным ему правом отвода".

Схожее по своей сути правило предусматривает гражданское процессуальное право Австрии: "Дело, неподсудное определенному суду, становится ему подсудно, если ответчик принимает участие в разбирательстве, не выдвигая возражений о неподсудности" <1>. При этом к возражениям по существу, как правило, не относят (1) заявления формального характера (об отводе судьи, о продлении процессуального срока или несоблюдении процедуры возбуждения производства по делу); (2) бездействие (т.е. незаявление возражений); (3) предложение

переговоров о примирительной процедуре. Совершение подобных действий не лишает ответчика права заявить затем о неподсудности дела.

<1> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 160.

3. Заключение соглашения о подсудности, его изменение и расторжение

Процессуальное законодательство предусматривает различные моменты возникновения права на заключение соглашения о подсудности. Так, ст. 32 ГПК РФ устанавливает право сторон изменить подсудность для данного дела до принятия его судом к своему производству. В то же время ст. 37 АПК РФ говорит о возможности изменения подсудности до момента принятия арбитражным судом заявления к своему производству.

Такие, казалось бы, небольшие лингвистические отличия в положениях процессуального законодательства на самом деле свидетельствуют о принципиально разных подходах к решению вопроса о моменте возникновения права на заключение соглашения о подсудности.

Как обоснованно указывает Н.Г. Елисеев, то обстоятельство, что ст. 32 ГПК РФ предусматривает возможность изменения именно данного дела, означает допустимость соглашения только в отношении уже возникшего спора (юридического дела) <1>. Иными словами, законодатель в этой статье связывает факт наступления возможности изменения территориальной подсудности с фактом возникновения спора (юридического дела). Следовательно, в отношениях с участием граждан недопустимы соглашения о подсудности в отношении возможных в будущем споров: такого рода соглашения не будут иметь правового значения.

<1> См. об этом подп. "а" п. 3.2 ч. 3 гл. II настоящей книги.

Данный подход можно объяснить важностью защиты интересов неосведомленной или экономически зависимой, т.е. заведомо более слабой стороны. Это подтверждается законодательством многих стран, где, как правило, предпринимают попытки исключить навязывание потенциально слабой стороне условия о рассмотрении спора в суде, удобном для сильной стороны. В частности, нередко устанавливается прямой запрет на заключение соглашения о подсудности применительно к будущим спорам в отношениях с потребителями (а также в трудовых отношениях, отношениях по страхованию) либо соглашения о подсудности в отношениях с участием граждан вообще запрещаются (как это имеет место в праве Франции и Германии, на что указывалось в ч. 1 настоящей главы).

Уяснение и реальное следование судов общей юрисдикции изложенному подходу позволят исключить случаи навязывания соглашения о подсудности, которое на сегодняшний день достаточно распространено, либо неочевидной оговорки о подсудности, включаемой в основной договор <1>.

<1> Как пишет Я.В. Грель, Верховный Суд РФ не проявил должную интуицию (Определение Верховного Суда РФ от 19 ноября 1999 г.), когда, соглашаясь с допустимостью договора о подсудности в отношениях с потребителями, проигнорировал основной смысл законодательства о защите прав потребителей - предоставить гарантии социально слабой стороне в заведомо неравных отношениях с контрагентами-предпринимателями. Названный автор указывает, что "свобода договора, на которую ссылается суд, не может быть использована в нарушение предоставленных законом гарантий. Само заключение договора в сфере потребительской торговли происходит, как правило, посредством присоединения потребителя к предложенному договору, что лишает его участия в определении условий договора. Тем более оговорка о подсудности, содержащаяся в договоре, для рядового потребителя попросту ничего не говорит" (Грель Я.В. Соглашение о подсудности в гражданском процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 8 (СПС "КонсультантПлюс")).

Например, это поможет решить проблему переноса всех споров, касающихся потребительского кредитования, в место нахождения банков потребкредитования, что серьезно ограничивает потребителей, нередко проживающих на значительном удалении от этих банков, в возможности адекватной и эффективной защиты своих прав. Роспотребнадзор, пытаясь решить означенную проблему, издал письмо от 25 сентября 2007 г. N 0100/9706-07-32 "О контроле и надзоре в сфере потребительского кредитования (дополнение к письму от 12 июля 2007 г. N 0100/7062-07-32)" <1>, в котором указал: "Включение в кредитный договор условий, лишаящих потребителя его законного права выбора способа защиты в суде по территориальному признаку, в том числе по месту его пребывания, составляет объективную сторону административного

правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ". С данным выводом можно согласиться только в части недопустимости включения в кредитный договор соглашения о подсудности, но обоснование этому должно быть другим: ст. 32 ГПК РФ устанавливает возможность изменить территориальную подсудность только возникшего спора, что лишает стороны права заранее установить суд, которому будет подсуден спор, еще не возникший между сторонами.

<1> См.: <http://www.rospotrebnadzor.ru/docs/letter/?id=1470>.

Принципиально иной подход заложен в нормах АПК РФ: стороны коммерческих отношений вольны заключить соглашение о подсудности в любой момент до принятия заявления к производству (т.е. право сторон на изменение подсудности никак не связывается с фактом возникновения спора). А это в свою очередь наделяет их возможностью заключить соответствующее соглашение как в отношении возможного (будущего) спора, так и в отношении спора уже возникшего.

В любом из названных выше случаев возможность изменения территориальной подсудности дела соглашением сторон существует до даты вынесения судом (арбитражным судом) определения о принятии заявления к производству и возбуждения производства по делу. И в том случае, если соглашение о подсудности заключено после вынесения названного определения, оно, как обоснованно указывает А.М. Гребенцов, не влечет правовых последствий и не должно (да и не могло) приниматься во внимание судом при определении подсудности заявленного иска <1>.

<1> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Радченко. М.: Норма, 2006. С. 108. См. также: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2004. С. 74.

Вместе с тем существует исключение из общего правила: п. 2 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ и п. 2 ч. 2 ст. 39 АПК РФ предоставляют сторонам на стадии рассмотрения дела право заявлять ходатайство о рассмотрении дела по месту нахождения большинства доказательств. Учитывая, что такое ходатайство должны заявить обе стороны, подразумевается, что ими было достигнуто двустороннее соглашение, изменяющее подсудность уже принятого к производству дела.

Возможность удовлетворения подобного ходатайства ограничена, во-первых, общим правилом о недопустимости изменения родовой и исключительной (территориальной) подсудности дела <1> и, во-вторых, необходимостью обоснования этого ходатайства тем, что большинство доказательств по данному делу находится на территории другого субъекта Российской Федерации, нежели суд (арбитражный суд), на рассмотрении которого находится дело. При соблюдении названных правил вновь действует исключение из общего правила: при общем запрете на передачу дела, принятого с соблюдением правил подсудности, из одного суда (арбитражного суда) в другой <2> наличие упомянутого ходатайства позволяет передать дело на рассмотрение суда (арбитражного суда) по месту нахождения большинства доказательств.

<1> На это обстоятельство обращается внимание в литературе: "Так, арбитражный суд удовлетворил ходатайство стороны о передаче дела о несостоятельности (банкротстве) в другой арбитражный суд по месту нахождения большинства доказательств. Однако исключительная подсудность не может быть изменена, и дела о несостоятельности (банкротстве) рассматриваются арбитражным судом по месту нахождения должника (ч. 4 ст. 38 АПК РФ)" (Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. С. 46).

<2> Согласно ч. 1 ст. 33 ГПК РФ и ч. 1 ст. 39 АПК РФ дело, принятое судом (арбитражным судом) к производству с соблюдением правил подсудности, должно быть разрешено этим судом (арбитражным судом) по существу, хотя бы в дальнейшем оно станет подсудным другому суду (арбитражному суду).

Таким образом, при том, что общим правилом является заключение соглашения о подсудности до момента принятия судом (арбитражным судом) дела к производству, стороны не лишены права в специально оговоренном в законе случае изменить подсудность уже принятого к производству дела.

Рассматривая поставленный вопрос заключения соглашения о подсудности, нельзя вновь не посетовать на отсутствие его надлежащего правового регулирования и, в частности, на отсутствие в действующем законодательстве требований к форме этого соглашения.

В данных обстоятельствах, по мнению А.М. Гребенцова, имеются основания для вывода о том, что "требования к его (соглашения о подсудности. - М.Р.) форме вытекают из общих положений ГК о форме сделок (ст. ст. 158 - 163). Так, например, в соответствии с п. 1 ст. 161 ГК

сделки юридических лиц между собой и с гражданами должны заключаться в простой письменной форме" <1>. Это мнение, как представляется, заслуживает поддержки.

<1> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Радченко. С. 108; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. С. 74.

Вместе с тем настаивать на целесообразности использования письменной формы соглашения о подсудности можно, руководствуясь следующим <1>.

<1> Отчасти подтверждением необходимости письменной формы соглашения о подсудности является установленное ч. 2 ст. 249 АПК РФ требование о письменной форме соглашения о международной подсудности, - соглашения по своей сути близкого, но, безусловно, не тождественного соглашению о подсудности (к сожалению, некоторые авторы отождествляют соглашение о международной подсудности и соглашение о подсудности (см., например: Грель Я.В. Указ. соч.).

Как было сказано выше, по общему правилу соглашение о подсудности должно быть заключено сторонами до возбуждения производства по делу. Вопрос принятия дела к производству суд (арбитражный суд) решает на основании документов, приложенных к исковому заявлению, без заслушивания сторон. Поскольку соглашение о подсудности позволяет сделать вывод о наличии у суда (арбитражного суда) компетенции на рассмотрение переданного дела, проверка существования действительного соглашения о подсудности будет одной из его первоочередных задач. И отсутствие прямого и убедительного доказательства достижения сторонами соглашения о подсудности может привести к возвращению искового заявления по мотиву неподсудности (п. 1 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ; п. 1 ч. 1 ст. 129 АПК РФ).

Изложенные умозаключения позволяют в условиях действующего законодательства возражать и против утверждений о возможности заключения соглашения о подсудности путем предъявления истцом иска по его выбору в ситуации, когда такое право у него отсутствует, и последующем (молчаливом или явно выраженном) согласии ответчика на разбор дела этим судом.

Такая форма заключения соглашения вполне допустима в третейском разбирательстве: согласно п. 2 ст. 7 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" арбитражное соглашение помимо прочего считается заключенным в письменной форме и в случае обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон говорит о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Это обусловлено в том числе и тем, что арбитраж (третейский суд) в самостоятельном порядке решает вопрос собственной компетенции и не лишен возможности в процессе рассмотрения спора, сделав вывод об отсутствии у него таковой, прекратить третейское разбирательство.

Компетенция же государственного суда не может определяться подобным образом в условиях того, что: 1) подсудность может быть изменена соглашением сторон только до момента возбуждения производства по делу; 2) вопрос возбуждения производства по делу решается судом (арбитражным судом) только на основании документов, представленных истцом; 3) закон предусматривает письменную форму сделки, заключаемой юридическими лицами (п. 1 ст. 161 ГК РФ).

И, таким образом, вопрос подсудности должен быть согласован сторонами до момента принятия судом дела к производству, что и позволит суду (арбитражному суду) однозначно решить вопрос о наличии либо отсутствии у него компетенции в отношении этого дела и вынести определение о возбуждении производства по делу либо о возвращении искового заявления соответственно.

Ошибка, допущенная самим судом (арбитражным судом) при определении подсудности (но не изменение сторонами подсудности дела (!)), может послужить основанием для передачи дела в другой суд (арбитражный суд), если в процессе рассмотрения дела эта ошибка будет установлена; выявление такой ошибки не может влечь оставление заявления без рассмотрения или прекращения производства по делу. Следует добавить, что передача дела в другой суд (арбитражный суд) может быть последствием возражений ответчика против подсудности спора (сделанных своевременно, о чем указывалось в ч. 2 настоящей главы) и согласия с ними суда (арбитражного суда). Однако, думается, суд (арбитражный суд) не может по собственной инициативе выявлять допущенные при определении подсудности ошибки и исправлять их путем направления дела в другой суд (арбитражный суд), если стороны молчат об этом.

В случае, если нарушение правил подсудности было выявлено уже после рассмотрения дела по существу вышестоящей инстанцией (при пересмотре дела в апелляционном, кассационном или надзорном порядке), такое нарушение само по себе не рассматривается в качестве безусловного основания для отмены вынесенного по делу судебного акта <1>. Только

доказав, что нарушение правил подсудности привело к принятию неправильного решения либо имеются и иные основания для отмены вынесенного решения, заявитель жалобы может претендовать на отмену состоявшегося судебного акта.

<1> Данная позиция была отражена, например, в Постановлении ФАС Дальневосточного округа от 21 мая 2002 г. по делу N Ф03-А80/02-1/851.

Необходимость решения судом (арбитражным судом) вопроса подсудности до возбуждения производства по делу обосновывает требование о приложении к исковому заявлению доказательств, безусловно подтверждающих наличие между сторонами соглашения о подсудности. Таким (безусловным) подтверждением может выступить соглашение о подсудности, облаченное в письменную форму.

С позиции положений действующего гражданского законодательства под письменной формой сделки понимается составление документа, определяющего содержание сделки и подписанного лицом, от имени которого сделка совершена, или уполномоченным им лицом (п. 1 ст. 160 ГК РФ).

Как правило, упоминая письменную форму сделки, имеют в виду наиболее распространенный ее вид - единый договор - документ, подписанный сторонами. Однако гражданское право, как известно, допускает заключение договора и иным образом - путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи при условии, что есть возможность достоверно установить, что данный документ исходит от стороны по договору.

С учетом сказанного можно говорить о том, что письменная форма соглашения о подсудности подразумевает его заключение не только в виде (1) самостоятельного договора либо (2) отдельного пункта в основном договоре (оговорка о подсудности) <1>, но и (3) путем обмена документами, позволяющими установить, что они исходят от стороны по договору. В то же время выражение соглашения о подсудности в ходатайствах, заявляемых перед судом <2>, представляет собой исключение из общего правила, поскольку применимо только в отношении случаев, когда стороны в процессе рассмотрения дела ходатайствуют о передаче дела по месту нахождения большинства доказательств (ч. 1 ст. 33 ГПК РФ; ч. 1 ст. 39 АПК РФ).

<1> В частности, в Постановлении ФАС Уральского округа от 29 августа 2007 г. по делу N Ф09-6960/07-С5 указывается на то, что соглашение об изменении общих правил подсудности может быть заключено в любом виде: либо как отдельное соглашение, либо как оговорка, включенная отдельным пунктом в основной договор.

<2> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Радченко. С. 108 - 109; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. С. 74; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Г.А. Жилина. С. 105.

Примечательно, что гражданское процессуальное право Швейцарии предусматривает заключение соглашения о подсудности "в письменной форме, посредством обмена телеграммами, телефаксами или с помощью иных средств связи, позволяющих на основе письменных доказательств установить наличие соглашения... Устные соглашения в принципе являются недействительными... Соглашение может быть изложено в двух различных документах, но при условии, что они позволяют сделать однозначный вывод о согласованности воли сторон. Их тексты по своему содержанию должны быть связаны между собой" <1>.

<1> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 176, 178. Письменную форму соглашения о подсудности предусматривает и право Греции и Италии. Однако справедливости ради нельзя не отметить, что в праве некоторых зарубежных стран не устанавливается обязательность письменной формы соглашений о подсудности. Например, согласно праву Австрии и Германии достаточно в исковом заявлении указать на наличие договоренности; однако в случае спора должны быть представлены именно письменные доказательства ее существования (Там же. С. 137, 160, 186, 211).

С учетом сказанного можно говорить о том, что наиболее целесообразным было бы заключение соглашения о подсудности в виде единого документа, подписанного сторонами. Это позволит не только избежать неопределенности в вопросе о том, заключено ли сторонами соглашение о подсудности, но и точно установить содержание самого соглашения.

При этом в коммерческих отношениях соглашение о подсудности может быть оформлено самостоятельным договором-документом либо включено в виде оговорки о подсудности в текст основного договора. В то же время в отношениях с участием граждан это всегда самостоятельный

договор-документ, поскольку, как уже указывалось выше, соглашение о подсудности в отношениях с участием граждан допустимо только после возникновения спора, что в свою очередь исключает возможность оформления его одновременно или в самом основном договоре. Такой законодательный подход (применительно к отношениям с участием граждан) исключает случаи фактически одностороннего изменения подсудности, когда более сильная экономически сторона навязывает удобный для себя суд более слабой стороне (например, путем включения соглашения о подсудности в типовой договор, бланк заказа и т.д.) <1>.

<1> "Оговорка об изменении территориальной подсудности может быть противопоставлена только той стороне, которая знала о ней и согласилась на нее при подписании контракта. Одностороннее заявление об изменении компетенции, сделанное, например, в заказе на поставку товара или в счете-фактуре... и в ясно выраженной форме не одобренное контрагентом (его молчание не рассматривается как согласие), юридического значения не имеет" (Гражданский процесс зарубежных стран: Учебное пособие / Под ред. А.Г. Давтян. М: Велби; Проспект, 2008. С. 125).

При заключении соглашения о подсудности сторонам надлежит избрать суд (арбитражный суд), в который они обратятся за рассмотрением и разрешением спора. При этом сторонам необходимо согласовать не один (как казалось бы), а два вопроса.

Во-первых, стороны должны определить объем соглашения.

Для создания ориентиров в целях правильного решения этого вопроса целесообразно обратиться к праву зарубежных стран (что предопределено скудостью, вернее, ничтожностью российской судебной практики в отношении соглашений о подсудности).

В австрийском праве предусмотрено, что соглашение может регулировать подсудность либо (1) определенного спора, либо (2) дел, вытекающих из определенных правоотношений (например, все споры из договора товарищества). Оговорка "все споры, которые могут возникнуть между нами, подлежат разрешению в ..." в силу своей неопределенности не признается в качестве влекущей правовые последствия <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 159.

В силу положений итальянского права соглашение о подсудности может относиться к одному делу или к ряду определенных дел.

Швейцарское право допускает возможность для сторон договориться об изменении подсудности споров только из определенных правоотношений, что исключает неограниченный отказ от предусмотренного законом суда. По той же причине недопустима оговорка о передаче на разрешение конкретного суда "всех дел, которые могут возникнуть в отношениях между ними". В то же время допускается установление подсудности споров в отношении будущих договоров сторон, если эти договоры вполне определены (по виду и предмету), например, регулярно заключаемы сторонами договоры. При этом признается, что оговорка "все требования из настоящего договора..." охватывает наряду с договорными притязаниями также и внедоговорные, которые могут быть предъявлены в связи с признанием договора недействительным или его расторжением <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 178 - 179.

Итак, круг споров, передаваемых на рассмотрение суда (арбитражного суда), может быть определен широко, например: "Все споры и требования, возникающие из настоящего договора и в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности..." либо кратко: "все споры и требования, возникающие из договора и в связи с ним...". И в этом случае объем соглашения о подсудности охватывает все возможные споры, вытекающие из данного договора (т.е. стороны своим соглашением определили (договорное) правоотношение, споры из которого будут подсудны конкретному суду).

В других случаях круг споров, включаемых в объем соглашения о подсудности, определяется сторонами достаточно узко: например, стороны относят к компетенции суда (арбитражного суда) "спор, касающийся денежных обязательств, возникающих из настоящего договора". В этом случае в суд (арбитражный суд), избранный сторонами, могут передаваться лишь те споры, которые специально названы сторонами в соглашении о подсудности (входящие в объем соглашения о подсудности); остальные же споры из этого договора подлежат рассмотрению и разрешению судом (арбитражным судом) по общим правилам, установленным ГПК РФ и АПК РФ соответственно.

Соглашение о подсудности может предусматривать и заключение его в отношении одного конкретного спора, как правило, уже возникшего между сторонами. Это положение

распространяется прежде всего на отношения с участием граждан, а также на отношения, которые возникли не из договора (отношения из причинения вреда, неосновательного обогащения и проч.).

Недопустимым же в силу неопределенности является такое соглашение о подсудности, которое точно не предопределяет спор (либо категорию споров) или правоотношение, из которого спор возникает, а оперирует общими словами, например, оговорка: "Все споры, возникающие между сторонами, подлежат рассмотрению в ..."

Во-вторых, в соглашении о подсудности должно содержаться обозначение суда (арбитражного суда) - указание, которое, собственно, и создает определенность в вопросе места рассмотрения и разрешения спора (места суда).

Вновь обратившись к праву зарубежных стран, можно установить следующее.

Швейцарским правом предусмотрено, что стороны должны указать на суд с достаточной определенностью, хотя и не обязательно воспроизводить полное наименование суда, достаточно указать место судебного разбирательства, например: "суд по месту жительства стороны". Возможно и альтернативное установление подсудности: "суд по месту жительства продавца или по месту передачи товара" <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. С. 179.

Законодательство Испании предполагает "наличие между сторонами соглашения, точно указывающего на округ, судам которого они себя подчиняют (ст. 55 ГПК)" <1>.

<1> Там же. С. 201.

Руководствуясь сказанным, можно говорить об отсутствии надобности указывать в соглашении о подсудности точное наименование суда (арбитражного суда), что существенно отграничивает его от арбитражного (третейского) соглашения, требующего указания точного и полного наименования арбитража (третейского суда) <1>. Сторонам соглашения о подсудности важно определить именно место судебного разбирательства (место суда), а установление этого условия позволит определить компетентный государственный суд (соответственно суд общей юрисдикции или арбитражный суд).

<1> Такое требование к арбитражному (третейскому) соглашению объясняется тем, что неполное или неточное указание наименования арбитража может привести к неисполнимости этого соглашения.

И здесь необходимо отметить один нюанс: избирая в качестве компетентного суда арбитражный суд (государственный суд, входящий в систему федеральных арбитражных судов), в соглашении необходимо употреблять термин "арбитражный суд", а не "арбитраж". Дело в том, что несмотря на то, что система федеральных арбитражных судов была сформирована еще в 1992 г. <1>, входящие в нее арбитражные суды по старинке часто именуют арбитражами или государственными арбитражами. Такое наименование государственных судов неверно, но, что еще более удручающе, при использовании этого наименования в соглашении о подсудности оно меняет вид этого соглашения, по сути "переводя" его в категорию арбитражного (третейского) соглашения (которое, кстати, будет неисполнимо). Таким образом, стороны, например, договора купли-продажи, договорившиеся о том, что "все споры, возникающие из данного договора, подлежат разрешению в арбитраже по месту нахождения продавца", заключают соглашение, которое не будет иметь правовых последствий <2>.

<1> Еще в период формирования системы федеральных арбитражных судов, построенной на обломках системы квазисудебного органа - государственного арбитража, предлагаемое название "арбитражные суды" подвергалось со стороны ведущих правоведов обоснованной критике со ссылками на законодательство иностранных государств, в котором термином "арбитраж" обозначают третейский суд, т.е. суд негосударственный, не входящий в судебную систему государства. К сожалению, данное наименование федеральных государственных судов не было заменено, и теперь в литературе встречаются различные вариации на эту тему в виде терминов "государственный арбитраж", "третейский арбитраж", "негосударственный арбитражный суд" и проч. Еще больше удручает то, что и судебные органы нередко не видят различий между арбитражными соглашениями и соглашениями о подсудности, употребляя обобщающее (и неверное!) словосочетание "арбитражное соглашение о подсудности" (см., например, п. 2.5 Рекомендаций Президиума Арбитражного суда Республики Марий Эл от 6 мая 2006 г. N 8/06 (http://www.mari-el.arbitr.ru/pract/nauchnie_rekomendacii/2297.html); Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28 апреля 2005 г. по делу N Ф04-1127/2005(9355-А27-30)).

<2> Так, в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 12 сентября 2000 г. по делу N А56-11527/2000 указывалось следующее: "В договоре... стороны предусмотрели, что споры по договору подлежат рассмотрению в арбитраже, причем арбитражное разбирательство должно производиться в Санкт-Петербурге. Указанное условие получило надлежащую оценку суда, который пришел к правомерному выводу, что соглашения об изменении подсудности договор не содержит".

Определяя суд (арбитражный суд), стороны могут указать место рассмотрения и разрешения спора путем:

- привязки к какому-либо критерию или критериям (например, "арбитражный суд по месту нахождения арендодателя");
- указания официального наименования избранного ими суда (например, "Арбитражный суд г. Москвы");
- указания на конкретную территорию (например, "арбитражный суд первой инстанции в г. Вологде") <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Центрального округа от 26 февраля 2007 г. по делу N А23-3468/06Г-4-64-В. Из текста данного Постановления усматривается, что стороны закрепили в договоре оговорку о том, что споры между ними "подлежат разрешению в претензионно-исковом порядке в арбитражных органах г. Обнинска". Такая формулировка оговорки привела к тому, что Арбитражный суд Калужской области не признал себя компетентным судом в отношении иска, возникшего из данного договора, и возвратил исковое заявление по мотиву неподсудности.

Арбитражный суд кассационной инстанции обоснованно отменил данное определение и, направляя дело на новое рассмотрение, указал следующее: "В соответствии со ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора...

Из условий п. 6.5 договора... усматривается, что воля сторон при определении судебного органа, в котором должны разрешаться споры, была направлена на установление договорной подсудности, что соответствует требованиям ст. 37 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

При этом из смысла данного условия договора следует, что в качестве такого органа стороны имели в виду арбитражный суд, под юрисдикцией которого находится г. Обнинск, то есть Арбитражный суд Калужской области".

В любом случае для признания оговорки о подсудности действительной необходимо, чтобы суд (арбитражный суд), на рассмотрение и разрешение которого стороны намерены передать свой спор (споры), был определен без особого труда. То есть формулировка соглашения должна отвечать требованию определенности, что и позволит рассматривать соглашение о подсудности как действующее и исполнимое. Учитывая, что целью соглашения о подсудности является исключение неопределенности и неудобства в вопросе определения компетентного суда, вряд ли можно признать юридическую силу, например, за оговоркой: "Споры, возникающие из данного договора, подлежат рассмотрению по месту, избираемому истцом".

Правоведы сходятся во мнении о том, что соглашение о подсудности, заключенное сторонами, не допускает его изменения и расторжения в одностороннем порядке: это допустимо только путем заключения соответствующего договора (соглашения) об изменении или расторжении соглашения о подсудности <1>. При этом возможность изменения и расторжения соглашения о подсудности ограничена тем же сроком, что и заключение соглашения о подсудности, - возбуждением производства по делу судом (арбитражным судом). За этим рубежом изменение или расторжение соглашения о подсудности не имеет какого-либо правового значения, поскольку принятие судом (арбитражным судом) заявления к производству с соблюдением условий, содержащихся в соглашении о подсудности, реализует это соглашение.

<1> См., например, Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Г.А. Жилина. С. 105 (автор комментария - В.М. Жуйков).

Данное утверждение находит подтверждение в судебной практике.

Как было установлено арбитражным судом кассационной инстанции при рассмотрении одного из дел, суд первой инстанции возвратил исковое заявление по мотиву неподсудности дела данному арбитражному суду <1>. При этом в качестве основания для возвращения искового

заявления арбитражный суд указывал на согласование сторонами в тексте основного договора (ненадлежащее исполнение которого послужило основанием для предъявления иска) условия о подсудности всех споров, связанных с данным договором, другому арбитражному суду.

<1> Дело приводится по кн.: Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. С. 50.

Между тем из материалов дела усматривалось, что первоначальное соглашение о подсудности было изменено дополнительным соглашением сторон, причем копия этого дополнительного соглашения была приложена к исковому заявлению вместе с соглашением в первоначальной редакции.

В силу ст. 37 АПК РФ подсудность может быть изменена сторонами до момента принятия арбитражным судом дела к своему производству, поэтому суд должен был учесть дополнительное соглашение, заключенное сторонами во изменение первоначального соглашения в пределах установленного законом срока и по-иному определявшее подсудность споров. Учитывая, что арбитражным судом первой инстанции при решении вопроса о подсудности дела названное обстоятельство не было учтено, арбитражный суд кассационной инстанции отменил определения о возвращении искового заявления.

4. Отсутствие, недействительность соглашения о подсудности или утрата его юридической силы

Выше уже говорилось об автономности соглашения о подсудности от основного договора (см. ч. 2 настоящей главы), следствием чего был вывод о том, что недействительность основного договора не влияет на юридическую силу и действительность соглашения о подсудности. Логическим продолжением этого вывода является заключение, согласно которому основанием для утверждения об отсутствии между сторонами или недействительности соглашения о подсудности будут лишь дефекты самого этого соглашения. Не вдаваясь в давно ведущуюся дискуссию о соотношении последствий незаключенного и недействительного договора, представляется целесообразным в рамках данной работы ограничиться рассмотрением таких дефектов соглашения о подсудности, наличие которых позволяет говорить о том, что оно не влечет правовых последствий (в силу незаключенности (отсутствия) или недействительности).

Одним из таких дефектов является "распоряжение" в соглашении о подсудности родовой и исключительной подсудностью. Учитывая, что такое соглашение прямо противоречит положениям процессуального законодательства, устанавливающего договорную подсудность (и об этом уже упоминалось ранее), такое соглашение в силу ст. 168 ГК РФ является ничтожным. Вследствие сказанного соглашения о подсудности, содержащие данный дефект, не могут приниматься во внимание при решении вопроса о подсудности иска.

Так, в арбитражный суд А. поступило дело из арбитражного суда Б. о признании должника несостоятельным (банкротом) <1>. Передача дела из одного арбитражного суда в другой обосновывалась тем, что в гражданско-правовом договоре (обязанности по которому не были исполнены должником) содержалось условие о том, что все споры, связанные с этим договором и возникающие из этого договора, передаются сторонами на разрешение арбитражного суда А.

<1> См.: Решетникова И.В., Семенова А.В., Царегородцева Е.А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. С. 50.

Местом нахождения должника был город, расположенный на территории субъекта Российской Федерации Б., в арбитражный суд которого кредитор и направил заявление о признании должника банкротом.

Арбитражный суд Б., исходя из того, что требование, содержащееся в заявлении, проистекает из неисполнения должником обязательства по договору, и руководствуясь ст. 37 АПК РФ, пришел к выводу о необходимости передачи данного дела в арбитражный суд А. в соответствии с условиями соглашения о подсудности.

Вместе с тем арбитражный суд Б. не учел, что в соответствии с п. 4 ст. 38 АПК РФ заявление о признании должника банкротом подается в арбитражный суд по месту нахождения должника; данное правило исключительной подсудности не может быть изменено соглашением сторон (ст. 37 АПК РФ). В итоге дело было вновь передано в арбитражный суд Б.

Подобное же изложенному положение прямо закреплено в ГПУ Германии, § 40 (2) которого предусматривает недопустимость соглашений о подсудности в тех случаях, когда для иска предусмотрена исключительная подсудность <1>.

<1> Гражданское процессуальное уложение Германии / Введение сост. В. Бергман. С. 13.

Другим дефектом, который препятствует признанию за соглашением о подсудности правовых последствий, является несогласованность в части определения (1) спора (споров) или правоотношений, из которых возникает спор, либо (2) суда (арбитражного суда), к компетенции которого данный спор (споры) относится, либо такая (неопределенная) формулировка условий соглашения о подсудности, которая затрудняет однозначное установление спора (споров) или суда (арбитражного суда), на которые распространяется данное соглашение.

В подобном случае, руководствуясь нормой п. 1 ст. 432 ГК РФ, согласно которой договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора, можно говорить о том, что соглашение о подсудности не заключено: в нем не согласовано его существенное условие. Это и объясняет вывод об отсутствии юридической силы у такого соглашения о подсудности (в германском праве предусматривается, что соглашение о подсудности не имеет юридической силы, если оно не касается определенного правоотношения и споров, из него вытекающих (§ 40 (1) ГПУ Германии)).

Данная позиция находит свое подтверждение и в судебной практике: суды при определении компетенции в отношении переданного на их рассмотрение спора отказываются учитывать соглашения о подсудности, в которых подобные условия сформулированы неоднозначно.

Перечисленные дефекты препятствуют признанию за соглашением о подсудности свойства исполнимости (см. о нем ч. 2 настоящей главы) и поэтому должны быть выявлены судом (арбитражным судом) на этапе принятия дела к производству.

Иные дефекты соглашения о подсудности могут быть установлены уже на стадии рассмотрения собственно дела на основании соответствующего возражения заинтересованной стороны - ответчика по делу, который должен не только заявить возражение о недействительности соглашения о подсудности или его отсутствии, но и представить надлежащие доказательства.

Так, оспаривание соглашения о подсудности может осуществляться, в частности, по мотиву:

- его заключения неуполномоченным лицом (со стороны истца или ответчика по делу);

- утраты соглашением о подсудности юридической силы в связи с его изменением или расторжением сторонами либо по причине истечения срока, на который данное соглашение было заключено;

- недействительности по причине порока воли (соглашение было заключено под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);

- заключения его лицом, не обладающим необходимой делкоспособностью.

Такого рода возражения (против действительности или наличия у соглашения о подсудности юридической силы) должны быть проверены судом (арбитражным судом) в случае заявления соответствующего возражения и при их подтверждении убедительными и надлежащими доказательствами положены в основу вывода о передаче дела в другой суд (арбитражный суд).

Рассмотрение вопросов, связанных с отсутствием, недействительностью или утратой юридической силы соглашением о подсудности, будет неполным, если оставить без внимания проблему манипулирования подсудностью. К сожалению, эта проблема получила весьма широкое распространение, и решение ей пока не найдено.

Применительно к соглашению о подсудности эта проблема проявляется в том, что нередко для того, чтобы обойти условия соглашения о подсудности, истец (под любым надуманным предлогом) включает в исковое заявление другого ответчика, который проживает или находится на территории иного субъекта Российской Федерации. Далее, основываясь на правилах альтернативной подсудности (ч. 1 ст. 31 ГПК РФ или ч. 2 ст. 36 АПК), предоставляющих ему возможность обратиться с иском по месту проживания или месту нахождения одного из ответчиков, истец предъявляет иск по месту "дополнительного" ответчика.

Как отмечает С.И. Комарицкий, последующее прекращение дела в отношении фальшивого соответчика не может изменить ситуацию: согласно ч. 1 ст. 39 АПК РФ и ч. 1 ст. 33 ГПК РФ дело, возбужденное в соответствии с правилами подсудности, подлежит рассмотрению в суде, его возбудившем, даже если в процессе рассмотрения дела его подсудность изменится <1>. И далее он делает вывод о том, что подобные манипуляции представляют собой не что иное, как злоупотребление правом, которое может влечь за собой отказ в защите права (ст. 10 ГК РФ) и выражает сожаление по поводу того, что подобная проблема не нашла своего адекватного решения в судебной практике.

<1> См.: Комарицкий С.И. Указ. соч.

Действительно, опираясь на вывод о том, что "соглашение об изменении территориальной подсудности не может быть признано правомерным, так как сторонами в данном деле являются не только участники названного соглашения" <1>, сделанный Президиумом ВАС РФ при пересмотре конкретного дела, арбитражные суды делают общий вывод о том, что "правила о договорной подсудности не применяются при множественности лиц, привлеченных к делу" <2>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 11 августа 1998 г. N 2883/98.
<2> См. п. 2.5 Рекомендаций Президиума Арбитражного суда Республики Марий Эл от 6 мая 2006 г. N 8/06 (http://www.mari-el.arbitr.ru/pract/nauchnie_rekomendacii/2297.html).

Между тем правильность последнего вывода очевидна только в отношении небольшого сегмента дел; в ситуациях же дополнительного привлечения истцом фиктивного ответчика (для целей исключить действие условий соглашения о подсудности) такой вывод является неверным.

Думается, что обозначенная проблема манипуляций с подсудностью должна получить следующее разрешение. Установив, что привлечение к участию в деле другого ответчика не имело под собой правовых оснований, суд (арбитражный суд) прекращает производство по делу в его отношении. Далее, при отсутствии возражений со стороны ответчика суд (арбитражный суд) продолжает рассмотрение дела по существу в отношении надлежащего ответчика. Если же надлежащий ответчик заявляет о нарушении истцом условий соглашения о подсудности (совершенного путем привлечения другого, фиктивного, ответчика), то суд (арбитражный суд), руководствуясь положениями п. 3 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ, передает дело на рассмотрение другого суда (арбитражного суда).

В завершение настоящей главы хотелось бы отметить, что отсутствие законодательного регулирования соглашения о подсудности существенно ограничивает и затрудняет применение этого важного средства правовой защиты. Практика его использования объективно нуждается в создании законодательных основ.

Глава II. СОГЛАШЕНИЕ О МЕЖДУНАРОДНОЙ ПОДСУДНОСТИ

1. Понятие и квалификация соглашения о международной подсудности

1.1. Основные проблемы правового регулирования и действия соглашения

Соглашение о международной подсудности представляет собой договоренность, посредством которой стороны изменяют подсудность дела таким образом, что суд в каком-либо государстве приобретает компетенцию его рассмотреть и вынести по нему решение (такой суд именуется *forum prorogatum*) и (или) суд другого государства утрачивает право на его рассмотрение и разрешение (*forum derogatum*). Вопросы, связанные с данными соглашениями, сложны, многоплановы и могут разрешаться с применением разных правовых систем. Наиболее важные из них поясняются следующим примером.

А. и Б. договорились, что при возникновении спора из существующего между ними договора компетенцией по его рассмотрению будет обладать суд в государстве Р. При каких условиях такое соглашение обосновывает юрисдикцию суда государства Р.?

Спор возник, но А. обращается с иском в суд государства У. по месту жительства ответчика или месту нахождения его имущества. Ответчик против этого возражает, ссылаясь на оговорку о подсудности. Откажется ли суд государства У. рассматривать заявленный иск? Означает ли соглашение сторон о выборе суда государства Р. исключение компетенции судов государства У.?

В сложившейся ситуации истец оспаривает действительность соглашения о подсудности. На основании норм какой правовой системы суд государства У. должен определить действительность соглашения, в особенности если стороны договорились о подчинении договора праву государства Р.? По общему правилу определение подсудности относится к вопросам процессуальным и при его решении суд должен руководствоваться исключительно правом своего государства. Но в данном случае речь идет о договорной подсудности, а соответствующая договоренность оспаривается, предположим, ссылкой на пороки воли, т.е. на обстоятельства, которые в большинстве правовых систем имеют правовое значение в сфере материальных отношений, но игнорируются в процессуальных отношениях. Имеются ли основания для обращения к иностранному праву, применимому к договору в целом? И в связи с этим следует ли соглашение о подсудности рассматривать в качестве института материального права, доступного для регулирования иностранным законом, или оно является процессуальным институтом и регламентируется исключительно законом места суда?

А. выигрывает процесс, но полученное решение суда государства У. необходимо исполнить на территории государства Р. или третьего государства. Будет ли это решение признано и приведено в исполнение, если суд государства У. допустил ошибку, признав соглашение о подсудности недействительным?

Б. обращается в суд государства Р. или в суд третьего государства с иском об ответственности за нарушение соглашения о подсудности, требуя возмещения расходов на ведение процесса в ненадлежащем суде. Каковы шансы на успех такого иска?

Решение этих и прочих вопросов, возникающих по поводу соглашений о международной подсудности, предполагает прежде всего отыскание применимой правовой нормы. Эта задача более сложная, чем в случае соглашения об изменении территориальной (внутренней) подсудности. Сложность обусловлена тем, что соглашение о международной подсудности в той или иной мере доступно для регулирования нормами различных правовых систем. Это могут быть нормы международного права и (или) внутригосударственные правовые нормы. В последнем случае речь может идти о праве:

- государства, в суд которого предъявлен иск в соответствии с условиями соглашения;
- государства, юрисдикция которого исключена соглашением о подсудности (например, если сторона обратилась в суд этого государства вопреки условиям соглашения);
- государства, в котором заявлено ходатайство о признании и исполнении решения, принятого иностранным судом, чья компетенция основывалась на соглашении о подсудности;
- государства, в суды которого заявлен иск об ответственности за нарушение условий соглашения о подсудности.

В этом состоит наиболее характерная особенность и сложность соглашения о международной подсудности. Для оценки его надежности, эффективности и последствий, как правило, необходимо разрешить правовые коллизии и анализировать подлежащие применению нормы международного, отечественного и иностранного права. Кроме того, требует ответа и вопрос, свойственный всем договорам, предметом которых являются процессуальные отношения: в какой мере он должен подчиняться процессуальным правилам, а в какой - нормам материального права?

Итак, для того, чтобы отыскать правовую норму, применимую к определенному аспекту соглашения о международной подсудности, необходимо прежде всего разрешить международно-правовую коллизию, т.е. определить, какой правовой системе (международной, национальной) подчиняется это соглашение, а кроме того, разрешить межотраслевую коллизию, т.е. выяснить, следует ли применить к нему норму процессуального или материального права.

1.2. Понятие международной подсудности

Особенности соглашения о международной подсудности предопределяются своеобразием его предмета, которым является разграничение компетенции судов различных государств в отношении дел, обремененных иностранным элементом. Термин "международная подсудность" получил признание преимущественно в российской и германской доктрине <1>.

<1> В австрийском праве этот термин не прижился. Аналогична позиция французской доктрины. Она также не придает международной подсудности самостоятельного значения, хотя термин "competence internationale" в ней используется. В англо-американском праве подсудность дел с иностранным элементом определяется в рамках понятия "юрисдикция" (jurisdiction).

В зависимости от контекста термин "международная подсудность" может означать подчиненность дела, содержащего иностранный элемент, юрисдикции (судебной компетенции) того или иного государства. Именно так, например, должен его понимать адвокат, перед которым поставлена задача выяснить международную подсудность возникшего спора. Международная подсудность может также отождествляться с правовыми нормами, регулирующими подсудность трансграничных дел.

Кроме того, вопрос о международной подсудности может возникать не только на стадии предъявления иска и рассматриваться в качестве предпосылки рассмотрения спора по существу, но и на завершающем этапе процесса - в ходе производства по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов. Так, в силу п. 3 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ и п. 3 ч. 1 ст. 244 АПК РФ российские суды должны проверять, не находится ли дело, рассмотренное и разрешенное иностранным судом, в исключительной компетенции суда в Российской Федерации. Положительный результат является основанием для отказа в признании и приведения в исполнение иностранного судебного решения.

Таким образом, международная подсудность характеризуется двойным действием. С одной стороны, она представляет собой правила, определяющие компетенцию суда рассматривать и разрешать правовой спор, а с другой - она связана с компетенцией суда отказать в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения <1>.

<1> Pfeiffer T. Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1995. S. 5.

Принципы регулирования внутренней (территориальной) подсудности и международной подсудности во многом совпадают <1>. Дела, обремененные иностранным элементом по общему правилу, находятся в компетенции судов того государства, на территории которого ответчик имеет место жительства или место нахождения. Стороны вправе заключать соглашения о международной подсудности. В определенных случаях действие этих правил корректируется: во-первых, наделением истца правом выбрать место суда; во-вторых, установлением исключительной компетенции. Мотивировка указанных принципов в основном схожа с объяснениями принципов внутренней подсудности. Существенное своеобразие, однако, обнаруживается в доводах, приводимых для обоснования исключительной компетенции, в санкциях за ее нарушение.

<1> Арбитражный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. 2-е изд., перераб. и доп., стереотип. / Под ред. В.В. Яркова. М: Волтерс Клувер, 2005 (автор комментария - В.В. Ярков) // СПС "КонсультантПлюс".

Международная подсудность как совокупность особых правовых предписаний отличается от внутренней подсудности по предмету регулирования и системе правовых актов, устанавливающих эти предписания.

Отличие по предмету регулирования состоит в том, что в рамках международной подсудности определяется не компетенция конкретного суда (как в случае с территориальной или родовой подсудностью), а юрисдикция государства в целом. По мнению германских правоведов, адресатом норм международной подсудности и тем самым приобретателем полномочия на осуществление правосудия является государство как таковое. Какой орган непосредственно будет осуществлять разбирательство, зависит от подведомственности, а также от территориальной, родовой и функциональной подсудности дела <1>. Характерным признаком нормы международной подсудности является указание не на конкретный суд, компетентный рассматривать дело, а на суды государства вообще <2>, на юрисдикцию государства (ст. 3 и сл. Закона от 31 мая 1995 г. "Реформа итальянской системы международного частного права") (далее - МЧП Италии).

<1> Geimer R. Internationales Zivilprozessrecht / Unter Mitarbeit von E. Geimer; 5. Aufl. Köln: O. Schmidt, 2005. S. 294.

<2> Ср., например, формулировки ст. 35 АПК РФ (...суд ...по месту жительства ответчика) и ч. 1 ст. 247 АПК РФ (арбитражные суды в Российской Федерации рассматривают дела...).

Указанный признак международной подсудности не является обязательным. Могут существовать нормы, одновременно регулирующие внутреннюю (территориальную) и международную подсудность, например, правило, допускающее предъявление иска к ответчику в суд по месту нахождения его имущества. Вполне естественно считать, что спор находится в пределах юрисдикции государства, если он территориально подсуден одному из его судов. Такого рода трактовка территориальной подсудности используется в германской системе и в доктрине именуется теорией двойной функции (Doppelfunktionsthorie) <1>. Возможны также нормы, которые в первую очередь предназначены для размежевания юрисдикции государств, но сформулированы они таким образом, что одновременно выполняют функцию правил территориальной подсудности.

<1> Geimer R. Op. cit. S. 295, 328.

Своеобразие источников международной подсудности обусловлено ее предметом. Поскольку международная подсудность претендует на разграничение юрисдикций различных государств, ее адекватным источником является международное соглашение. Именно межгосударственная договоренность способна разрешить межгосударственные коллизии юрисдикций. В современных условиях экономической интеграции, интенсивного развития международных связей самого разного уровня актуальность таких соглашений трудно переоценить. Успешные примеры международно-правового регулирования подсудности демонстрируют: Кодекс международного частного права, принятый в Гаване 20 февраля 1928 г. на VI Международной американской конференции (Кодекс Бустаманте (ст. ст. 318 - 339)) <1>; Брюссельская конвенция стран ЕС от 27 сентября 1968 г. "О подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам" (далее - Брюссельская конвенция); заменивший ее Регламент Совета (ЕС) от 22 декабря 2000 г. N 44/2001, а также практически повторяющая положения Брюссельской конвенции Луганская конвенция от 16 сентября 1988 г. (далее -

Луганская конвенция). В рамках Содружества независимых государств действуют: Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г.; Минская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (далее - Минская конвенция); Кишиневская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. (далее - Кишиневская конвенция), в которых наряду с прочим регулируется международная подсудность. Однако на сегодняшний день подобных актов недостаточно. Существующие соглашения применимы лишь к ограниченному кругу стран и отношений. В обширной сфере за пределами зоны их действия вопросы международной подсудности регулируются разнообразными нормами внутреннего права различных государств. Таким образом, параллельно действуют международная подсудность России и международная подсудность Германии либо других государств, а это ведет не к устранению, а к усугублению коллизий компетенций, что объясняется следующими факторами.

<1> Действует для Боливии, Венесуэлы, Гватемалы, Гондураса, Гаити, Доминиканской Республики, Коста-Рики, Кубы, Никарагуа, Перу, Панамы, Сальвадора, Чили, Эквадора. Русский текст опубликован в кн.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского, сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2000. С. 748 - 798.

Каждое государство обладает суверенной властью. Как правило, суверенитет государства, включая судебную форму его реализации, распространяется на принадлежащую ему территорию, а также на всех лиц и имущество, которые на этой территории находятся.

Типичной является ситуация, когда суды той или иной страны обладают самой широкой компетенцией в отношении дел, обремененных иностранным элементом. Было бы неправильно объяснять эту ситуацию судебной экспансией, стремлением государства держать под контролем максимальный объем правоотношений. Скорее она является неизбежным следствием признания права на судебную защиту, ограниченности условий, при которых допускается отказ в осуществлении правосудия, в особенности если такой отказ мотивируется ссылкой на подсудность дела иностранному суду.

Широкая компетенция в отношении транснациональных споров достигается различными способами. Юрисдикция английского суда, например, связывается с возможностью вручения ответчику копии искового заявления, в связи с этим решающее значение имеет присутствие ответчика на территории страны <1>. В США действуют правила, имеющие красноречивое обозначение "закон длинной руки" (long-arm statutes <2>), а базовое положение, на которое органы правосудия ориентируются при решении вопроса о своей компетенции, называется принципом минимальных контактов (minimum contacts principle). По американскому праву юрисдикция судов штата распространяется на лицо, не имеющее на его территории места жительства (нахождения), если между обстоятельствами спора и этим штатом существует некоторая минимальная связь <3>, например, в виде предпринимательской деятельности лица в этом штате <4>.

<1> Cheshire and North's Private International Law. 13-th Edit. London: Butterworths, 1999. P. 285.

<2> См., например: Законы штата Колорадо. Гл. 13: Суды и судебная процедура: суды письменного производства. Статья 1: Общие положения, § 13-1-124 // <http://198.187.128.12/colorado/lpext.dll?f=templates&fn=fs-main.htm&2.0>

<3> International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. S. 310, 66. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

<4> At Home Magazine v. District Court, 194 Colo. 331, 572. P. 2d 476 (1977).

Французский вариант "закона длинной руки" находит свое отражение в ст. ст. 14 и 15 Гражданского кодекса Франции <1>. В этой правовой системе вопросы международной подсудности решаются на основе принципа гражданства - для подчинения иска юрисдикции Франции по общему правилу достаточным является наличие французского гражданина в качестве стороны спорного правоотношения. В германском праве также имеются правила, легитимирующие расширенную международную подсудность (в доктрине для нее даже имеется особый термин - "exorbitante Zuständigkeit", т.е. чрезмерная подсудность <2>). Здесь соответствующий эффект достигается посредством привязки судебной компетенции к месту нахождения имущества. Согласно § 23 Гражданского процессуального уложения Германии (далее - ГПУ Германии) иски по имущественным требованиям к лицу, не имеющему места жительства в стране, подсудны суду, в округе которого находится имущество этого лица или предмет исковых требований.

<1> Статья 14 гласит: "Иностранец, даже не находящийся во Франции, может быть вызван во французские суды для выполнения обязательств по договору, заключенному во Франции и с французом; он может быть привлечен во французские суды в связи с обязательствами по договору, заключенному им в иностранном государстве с французом". Статья 15 гласит: "Француз

может быть привлечен во французский суд в связи с обязательствами по договору, заключенному им в иностранном государстве, даже если его контрагентом является иностранец".

<2> Schack H. Internationales Zivilverfahrensrecht / Ein Studienbuch. Munchen: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996. S. 42.

Различным может быть расположение норм международной подсудности в системе нормативных правовых актов государства. Они могут находиться в специальных законах о международном частном праве (ст. ст. 3 - 12 МЧП Италии), в общих законах по вопросам судостроительства и судопроизводства среди норм, выполняющих функцию территориальной подсудности (§ 12 и сл. ГПУ Германии), или концентрироваться в особых разделах таких законов. Так, в российском законодательстве нормы международной подсудности сосредоточены в гл. 44 ГПК РФ и гл. 32 АПК РФ.

Своеобразие отечественного подхода к регулированию международной подсудности состоит в использовании комбинированного метода - сочетании принципов минимального контакта, гражданства, привязки судебной компетенции к месту нахождения имущества.

Нормы российской международной подсудности, взятые в совокупности, образуют российский аналог "закона длинной руки" и позволяют российским судам, в особенности в случае их расширительного толкования данных норм, разрешать споры с участием иностранцев при наличии минимальной связи обстоятельств дела с российской территорией. Среди норм российской международной подсудности имеется, например, правило, схожее с правилом § 23 ГПУ Германии. На основании п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 247 АПК РФ также допустимо предъявить иск в суд по месту "забытого зонтика", а в соответствии с п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ арбитражные суды в Российской Федерации могут рассматривать дела по экономическим спорам с участием иностранных лиц при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации.

1.3. Проблема выбора места суда и соглашение о подсудности как способ ее решения

Любая система подсудности, даже очень хорошо разработанная и систематизированная, но предопределенная правовыми нормами, которые построены на абстрактных критериях разграничения юрисдикций, не может обеспечить определение места суда, наиболее удобного с точки зрения интересов спорящих сторон и с учетом индивидуальных особенностей спора. Кроме того, фиксированные правила подсудности создают лишь видимость ясности в решении вопроса о судебной компетенции. В действительности они не позволяют достаточно точно прогнозировать место судебного разбирательства. Как правило, подсудность предопределяется местом жительства ответчика. Тем самым она поставлена в зависимость от случайности - от процессуальной роли, которую будет играть субъект правоотношения. Кто будет ответчиком: продавец или покупатель, арендатор или арендодатель? Кроме того, нет определенности и с местом жительства. Где оно будет находиться на момент предъявления иска?

В делах, обремененных иностранным элементом, отмеченная проблематичность существенно усугубляется коллизиями международной подсудности. Благодаря принципу минимальных контактов и "законам длинной руки", одновременно открывающим доступ к органам правосудия нескольких государств, истец имеет гораздо более широкие возможности по выбору суда в сравнении с делами сугубо внутренними. Кроме того, выбор между судами различных государств имеет принципиально иные последствия, чем выбор между судами одного государства. От него зависят не только экономичность процесса, удобство его ведения, в частности, по причине близости к месту нахождения стороны или основных доказательств, но и сама процедура рассмотрения дела, а нередко и выбор права, на основании которого суд будет разрешать спор по существу, а также эффективность принудительного исполнения судебного решения. Короче говоря, содержание и реализуемость правовых требований, возникающих из транснациональных отношений, в значительной мере зависят от места судебного разбирательства. Практика международной торговли свидетельствует, что очевидное нарушение контракта, например подтверждаемая документально неоплата поставленного товара или предоставленной услуги, остается безнаказанным по той лишь причине, что кредитор в свое время не оговорил приемлемое для себя место рассмотрения спора, а ведение процесса в суде государства по месту нахождения ответчика или его имущества оказывается просто нерентабельным.

Естественно, сторона, намеренная осуществить свои притязания, выбирает суды того государства, в котором она получает оптимальные юридические и фактические условия защиты своих интересов, подобно тому как покупатель приобретает товар там, где цена, качество продукции и прочие условия продажи являются для него наиболее благоприятными. Это сравнение объясняет существование термина, обозначающего проблему выбора места суда, - "forum shopping" (буквально - место закупок).

Для отыскания верного решения проблемы необходимо исследовать множество факторов, среди них коллизионные и материально-правовые последствия выбора форума. Выбор места суда, как правило, означает выбор коллизионных норм и, следовательно, определенного варианта материально-правового регулирования спора. Это, пожалуй, наиболее важная причина актуальности поиска *forum shopping*, благодаря которому можно, например, избежать последствия истечения срока исковой давности по закону страны А., если есть основание для ведения процесса в стране В., чья коллизионная норма отсылает к праву, в котором установлены более длительные сроки; или добиться решения о взыскании значительно большего возмещения вреда, если предъявить иск не по месту жительства потерпевшего или не по месту причинения вреда в стране С., а по месту нахождения производителя товара, причинившего ущерб, в стране D., право и судебная практика которой значительно более благоприятны для потерпевшего.

Кроме того, важны формальные условия судопроизводства, в особенности доступность средств обеспечения исковых требований, эффективный механизм подготовки дела к судебному разбирательству, допустимость доказательств и порядок их исследования; процессуальные сроки; возможности исполнения решения за пределами государства, в котором дело рассматривалось по существу; экономические условия и тактика ведения процесса, которые нередко зависят от степени удаленности суда от мест событий, послуживших основанием для возникновения спора, пребывания участников спора или свидетелей, нахождения вещественных доказательств или объекта спора.

Таким образом, проблема *forum shopping* объясняется различиями в национальных нормах материального, международного частного и процессуального права, реальных условиях судопроизводства. Эти причины объективны. Поэтому стремление истца отыскать наиболее удобный для него вариант места суда нельзя рассматривать как противоправное <1>. Более того, адвокат обязан давать стороне разъяснения относительно допустимости и целесообразности ведения процесса в судах того или иного государства, преимуществ, рисков и недостатков конкретного места судопроизводства. Нарушение или ненадлежащее исполнение этой обязанности рассматривается как основание имущественной ответственности адвоката перед своим клиентом <2>.

<1> Geimer R. Op. cit. S. 374.

<2> Schack H. Op. cit. S. 87.

В то же время выбор места суда со всеми вытекающими последствиями лишь с учетом интересов одной стороны вряд ли можно считать справедливым. Тут явно обнаруживается нарушение принципа равенства сторон. Баланс интересов может быть восстановлен или соблюден в судебном порядке, либо, если в соответствующей правовой системе признается допустимым оспаривать компетенцию суда, на том основании, что он не является удобным местом рассмотрения дела, либо посредством соглашения сторон о подсудности.

Судебный вариант обеспечения баланса интересов сторон широко используется в странах общего права и основывается на концепции удобного суда (*forum convenience*). В этих странах, например в Соединенном Королевстве и США, надлежащий суд определяется не только по формальным признакам, в частности, через привязку к месту жительства ответчика, но и через доводы сторон, оценку обстоятельств, позволяющих выяснить, какой суд является более удобным и справедливым для разбирательства, в частности, с учетом оснащенности суда, соответствия этой оснащенности ограниченным возможностям какой-либо стороны или потенциального свидетеля, наличия судей, специализирующихся на разрешении той категории споров, к которой относится заявленный иск (п. 30.3 (2) Правил гражданского судопроизводства Англии) (далее - ПГС Англии), а также применимого права: разрешение спора по праву места суда является аргументом в пользу обоснованности его компетенции.

Правила, воплощающие концепцию *forum convenience*, создают условия для гибкого решения вопроса о месте судебного производства с учетом особенностей конкретного дела, но они не позволяют сторонам достаточно точно предвидеть, где будет рассматриваться спор, который возник или может возникнуть из их правоотношения. Адекватное решение этой проблемы способно обеспечить соглашение о подсудности. Оно дает сторонам возможность изменить диспозитивные предписания, касающиеся судебной компетенции, и выбрать тот суд, который для них является наиболее удобным, ограничить или полностью устранить возможность разбирательства в других судах. Более того, нередко оно является одной из основных гарантий исполнимости договорных обязательств. Неслучайно в Кодексе Бустаманте основной принцип международной подсудности сформулирован в виде правила, наделяющего компетенцией тот суд, которому тяжущиеся подчинились открыто в порядке соглашения или молчаливо посредством конклюдентных действий (ст. ст. 318 - 322), а подсудность, непосредственно установленная правовыми нормами, представлена как исключение из этого принципа (ст. 323 и сл.).

1.4. Понятие соглашения о международной подсудности

Соглашение о международной подсудности можно определить как договоренность, посредством которой стороны (а) изменяют подсудность дела таким образом, что суд в каком-либо государстве приобретает компетенцию его рассмотреть и вынести по нему решение и (или) суд другого государства утрачивает право на его рассмотрение и разрешение, и (б) соответственно приобретают или утрачивают право на предъявление иска в суды того или иного государства либо подчиняют себя юрисдикции этих судов или освобождаются от нее.

Можно ли назвать такое соглашение договором? В процессуальном праве нет определения понятия процессуального договора. В ГК РФ под договором понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 420). В данном определении содержатся два признака: согласованность воли и направленность на изменение правоотношения. По этим признакам в доктрине проводится различие между соглашением и договором. Соглашение может только изменить (дополнить, ограничить) или прекратить существо правоотношения, но не создать новое, т.е. в нем отсутствует свойственная договору способность порождать для сторон новые права и обязанности <1>. Кроме того, в материальном праве термин "соглашение" используется для обозначения договоренностей, обслуживающих договорные отношения, например, соглашение о неустойке (ст. 331 ГК РФ), о курсе валюты для исчисления размера платежа (п. 2 ст. 317 ГК РФ). Если применить предложенные критерии к решению поставленного вопроса, то договоренность сторон относительно подсудности дела, строго говоря, является соглашением, поскольку она лишь в определенном аспекте изменяет порядок реализации права на обращение в суд, но не порождает этого права. Впрочем, в отдельных случаях соглашение о подсудности может именоваться договором (например, чтобы избежать повторов).

<1> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. Кн. 1. 3-е изд. М.: Статут, 2001 // СПС "КонсультантПлюс".

Соглашение о подсудности изменяет процессуальные правила и создает для сторон особые возможности и обременения, но оно не порождает обязательства, аналогичного тому, которое возникает в области материальных отношений. Возникающее на его основе процессуальное отношение, в котором имеется возможность предъявить иск в *forum prorogatum* и (или) исключается возможность не предъявлять иск в *forum derogatum*, не тождественно обязательству, в котором одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. В частности, на основании соглашения о подсудности сторона не вправе предъявить к своему контрагенту в судебном порядке требование о том, чтобы тот прекратил производство в *forum derogatum* и начал процесс в *forum prorogatum*.

Соглашение о подсудности как договор сторон следует отличать от процессуальных действий. Под процессуальным действием понимается волевое поведение истца, ответчика, возможных других субъектов процесса, направленное на возбуждение, ведение или завершение судебного производства. Действие предпринимается субъектом процесса в одностороннем порядке, как правило, в адрес суда для реализации тех мер возможного или необходимого поведения, которые предусмотрены процессуальными правилами.

Соглашение о подсудности, напротив, представляет собой не реализацию мер возможного или необходимого поведения, которые предусмотрены процессуальными правилами, а изменение этих правил. Оно является результатом договоренности, достигаемой посредством волевых действий сторон в адрес друг друга, но не в адрес суда.

На первый взгляд достаточно очевидным кажется отличие соглашения о международной подсудности от соглашения, направленного на изменение территориальной (внутренней) подсудности дела в рамках судебной системы определенного государства. В праве ряда государств эти соглашения регулируются разными нормами и даже разными нормативными актами, например, в Италии и Швейцарии (см. об этом подп. "в" п. 2.2 ч. 2 настоящей главы). Тем не менее их однозначное разграничение далеко не всегда возможно.

В ряде случаев характер соглашения выражает его формулировка, например, если стороны договариваются о подчинении их спора судам в (государстве) Р. Это, бесспорно, соглашение о международной подсудности, поскольку оно явно обосновывает компетенцию судов государства Р. Однако оговорка о подчинении спора судам в определенном государстве встречается относительно редко. Она может быть даже оспорена по причине ее неопределенности, если невозможно будет установить, какой именно суд в соответствующем государстве должен спор рассматривать. В частности, сложно реализовать договоренность о подсудности дела судам в Швейцарии. В Швейцарской Конфедерации действуют Федеральный суд и 26 кантональных судебных систем; какой из этих судов приобретает компетенцию в силу соглашения?

Часто формулировка соглашения не дает оснований для однозначной квалификации, да и стороны, как правило, не указывают, какую разновидность соглашения они используют. В договорной практике типична следующая оговорка: "Разногласия, возникающие по настоящему договору, рассматриваются Сторонами в претензионном порядке. При недостижении согласия спор подлежит рассмотрению в суде города М."

Эта оговорка может проявить себя не только как соглашение о внутренней подсудности (например, если сторона обратилась в иной суд того же государства и ее противник заявляет возражение о неподсудности дела), но и как соглашение о международной подсудности (если иск подается в суд иного государства). Такого рода ситуации показывают, что соглашение о подсудности выполняет двойную функцию: определяя территориальную подсудность дела, оно одновременно устанавливает и его международную подсудность.

Соглашение о международной подсудности как договоренность сторон относительно компетенции суда того или иного государства может проявляться в позитивном и негативном варианте, адресуется судам и определяет процессуальные права и обязанности сторон. Адресуясь судам, в позитивном варианте оно обосновывает компетенцию судебного органа, юрисдикция которого без наличия соглашения на соответствующее дело не распространяется, и называется пророгацией (*prorogatio*). Если же исключается подсудность дела другим судебным органам, то проявляется негативный аспект соглашения. Он обозначается термином "дерогация" (*derogatio*). Одновременно соглашение определяет процессуальные права и обязанности сторон. Та из них, которая намерена защитить свои интересы в судебном порядке, получает возможность обратиться с иском в суд, который в силу норм позитивного права не обладает компетенцией принимать его к производству, а в случае дерогации лишается права на обращение с иском в суд, компетентный по нормам позитивного права; противоположная сторона подчиняет себя юрисдикции *forum prorogatum* и лишается права на рассмотрение дела в *forum derogatum*.

Пророгационный или дерогационный эффект соглашения о подсудности определяется условиями или соответствующими правовыми нормами соглашения. Например, оговорка: споры, которые могут возникнуть из настоящего договора, должны разрешаться исключительно судами государства А - является пророгацией и дерогацией. Если из приведенной формулировки убрать слово "исключительно", то появляется повод для вывода лишь о позитивном варианте договоренности, не препятствующей стороне обратиться в суд иного государства. Вывод основан на принципе, согласно которому субъективное право (в данном случае право на обращение в суд определенного государства) ограничивается лишь в тех пределах, относительно которых стороны пришли к соглашению. Содержание соглашения устанавливается посредством толкования выраженной стороны воли. Неясность или сомнение толкуются в пользу сохранения свободы - *in dubio pro libertate*.

Отсутствие в соглашении о подсудности указаний на его дерогационный эффект может компенсироваться правовой нормой. В частности, согласно ст. 249 АПК РФ в случае, если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что арбитражный суд в Российской Федерации обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности, арбитражный суд в Российской Федерации будет обладать исключительной компетенцией по рассмотрению данного спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда. Регламент N 44/2001 относительно соглашений о международной подсудности предусматривает: если стороны не договорились об ином, то избранный ими суд обладает исключительной компетенцией (абз. 1 ст. 23). По швейцарскому законодательству, если соглашение сторон о подсудности не предусматривает иного, то иск может быть заявлен исключительно в избранном сторонами суде (абз. 1 ст. 9 Федерального закона от 24 марта 2000 г. "О подсудности по гражданским делам", далее - Федеральный закон о подсудности).

Международная подсудность может изменяться посредством соглашения, прямо касающегося компетенции суда. Такое соглашение может быть оформлено в виде отдельного документа (например, договоренность сторон о подчинении возникшего между ними спора о возмещении вреда, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия) либо как особая оговорка в договоре (например, в договоре поставки). В последнем случае факт нахождения соглашения о подсудности в тексте договора не означает единства правовых режимов соглашения и договора. Поскольку соглашение определяет судебную компетенцию, оно (как минимум в этом аспекте) находится в сфере действия норм процессуального права, а договор определяет материальные отношения и подчиняется нормам материального права <1>.

<1> О необходимости разграничения соглашения о подсудности и договора, в который это соглашение включено, и о значении такого разграничения сказано в решении Суда ЕС от 3 июля 1997 г. по делу *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl C-269/95*. Par. 24 - 25.

Помимо прямо выраженных соглашений о подсудности возможны своего рода косвенные соглашения. Их действие представляет собой следствие договоренности сторон относительно вопросов, прямо не связанных с компетенцией суда. Предположим, стороны определили в контракте место исполнения договора. При этом они могли даже не задумываться о процессуальных последствиях этого условия. Тем не менее если законодательство соответствующего государства допускает возможность обращения в суд по месту исполнения договора, когда такое место в договоре определено, то истец вправе этой возможностью воспользоваться, а ответчик лишается права требовать передачи дела в суд по месту своего жительства.

В договорной практике встречаются случаи абстрактной оговорки о месте исполнения договора, т.е. когда это место не связано с реальными обстоятельствами и определяется сторонами особым образом исключительно в целях установления подсудности споров, которые из этого договора могут возникнуть. Так, между германским судовладельцем и французским предприятием был заключен договор на перевозку грузов по Рейну. Погрузочные и разгрузочные работы производились за редким исключением на территории Франции. Тем не менее в договоре сторон имелась оговорка о том, что местом исполнения договора является Вюрцбург (Германия). Во время очередной разгрузки оборудование судна было повреждено и судовладелец предъявил иск в вюрцбургский суд по делам судоходства. При рассмотрении спора допустимость абстрактной оговорки о месте исполнения договора сомнений не вызвала. Возник лишь вопрос о ее форме: может ли такая оговорка (как одно из материальных условий договора) заключаться в произвольной форме или, являясь по существу соглашением о подсудности, должна подчиняться требованиям, которые установлены для этого вида соглашений? Суд ЕС высказался в пользу второй альтернативы <1>.

<1> Решение Суда ЕС от 20 февраля 1997 г. по делу 106/95, MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft eG v. Les Gravieres Rhenanes SARL.

Еще один вариант обоснования судебной компетенции может быть обусловлен тем обстоятельством, что истец предъявляет иск в суд, игнорируя диспозитивные правила подсудности, а ответчик, не выдвигая возражений относительно допущенного нарушения, вступает в процесс и участвует в рассмотрении дела по существу.

Безоговорочное вступление ответчика в процесс часто рассматривается как самостоятельное основание подсудности, поскольку судебная компетенция основывается не на согласованной воле сторон (как в пророгационном договоре), а на факте участия ответчика в производстве. То, что он, представляя возражения по существу спора, не имел намерения отказаться от законодательно установленной или договорной подсудности, юридического значения не имеет <1>. Встречается и другая трактовка этого института. В греческом праве, например, он рассматривается как молчаливое соглашение о подсудности.

<1> Wirth M. in: Gerichtsstandsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen / Herausgeg. von Müller T., Wirth M. Zurich: Schulthess, 2001. S. 244.

Однако и при первой трактовке признается, что между обоими вариантами подсудности имеется тесная связь <1>. Эта связь демонстрируется тем обстоятельством, что посвященные им нормы располагаются в непосредственной близости. Более того, например, в ГПУ Германии и Регламенте N 44/2001 они расположены в разделах, имеющих общее название "Соглашение о подсудности". Поскольку согласно нормотворческой технике заголовки части нормативного акта должен отражать ее содержание <2>, то тем самым безоговорочное вступление ответчика в процесс формально квалифицировано как разновидность соглашения о подсудности.

<1> Kropholler J. Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVU und Lugano-Übereinkommen. 5. Aufl. Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft, 1998. S. 274.

<2> Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. М.: БЕК, 2002. С. 136.

Подсудность дела, по которому уже начато производство, может быть изменена по ходатайству сторон о передаче дела в суд по месту нахождения большинства доказательств (п. 2 ч. 2 ст. 33 ГПК РФ; п. 2 ч. 2 ст. 39 АПК РФ). По внешним признакам здесь нет соглашения сторон, а имеется лишь совпадающие по содержанию адресованные суду ходатайства, однако по конечному результату - обоснование компетенции суда - эти процессуальные действия являются аналогом пророгации. В силу указанных правил и посредством согласованных действий стороны могут добиться изменения подсудности после возбуждения производства по делу, в то время как с этого момента заключение соглашения о выборе суда не допускается. В российском законодательстве передача дела по месту нахождения большинства доказательств допускается только внутри

системы судов общей юрисдикции или системы арбитражных судов Российской Федерации, но не из судов Российской Федерации в суды иностранных государств. В государствах, относящихся к системе общего права (например, Соединенное Королевство и США), место нахождения основных доказательств может приниматься во внимание при определении международной подсудности дела на основе концепции удобного суда (*forum conveniense*).

От соглашения о выборе суда следует отличать соглашение о выборе права. Если стороны по взаимной договоренности подчинили свои отношения нормам иностранного права, то это вовсе не означает, что они тем самым достигли соглашения о подсудности возможного спора из этих отношений судам государства, право которого подлежит применению. Выбор права не означает выбор суда: *qui elegit ius, non elegit iudicem*. Исключение из этого правила возможно лишь в прямо предусмотренных случаях. Так, согласно абз. 3 ст. 54 Брюссельской и Луганской конвенций, если стороны в споре, касающемся обязательств по договору, до вступления в силу указанных конвенций заключили соглашение в письменном виде о том, что отношения по этому договору должны регулироваться правом Ирландии или одной из частей Соединенного Королевства, суды Ирландии или соответствующей части Соединенного Королевства сохраняют юрисдикцию в отношении этого спора. Данное положение отражает используемый в системе общего права подход к определению судебной компетенции на основе концепции *forum conveniense*, в рамках которой решающее значение придается вполне рациональному соображению, - наиболее удобным местом рассмотрения дела является суд того государства, закону которого подчинен предмет спора.

Особенности правового статуса соглашений о подсудности обусловлены тем, что их действие обнаруживается в процессуальных отношениях, являющихся, согласно господствующему мнению, публичными по своей природе. Данные отношения возникают и развиваются между судом, который является их обязательным субъектом и обладает властными полномочиями, и подчиненными этой власти прочими участниками процесса <1>. Регулирующее эти отношения процессуальное право подчинено не принципу частной автономии, характерному для гражданского права, а противоположной максиме, которая запрещает какой-либо конвенциональный процесс, т.е. судопроизводство, регулируемое соглашениями сторон. Если в материальных частных отношениях допускается все, что прямо не запрещено, то в процессе, напротив, запрещено все то, что прямо не разрешено <2>. Из этого следует, что соглашения о подсудности допустимы лишь в тех пределах, которые установлены нормами позитивного права. Действительно, было бы абсурдом, если бы за частными лицами признавалась полная свобода изменять компетенцию государственного учреждения.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданский процесс" (под ред. М.К. Треушникова) включен в информационный банк согласно публикации - Городец, 2007 (издание второе, переработанное и дополненное).

<1> См.: Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: Учебное пособие. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 2002. С. 45; Гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец-издат, 2003. С. 85 - 86 (автор - М.В. Шерстюк); Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. Гражданский процесс. М.: Норма, 2004. С. 70 - 73.

<2> Hellwig K. System des Deutschen Zivilprozessrechts. 1. Teil. Leipzig, 1912. S. 450; Hellwig H.-J. Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages. Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1968. S. 37.

В то же время право на выбор форума, в том числе иностранного, для рассмотрения и разрешения спора является одним из основных правовых принципов, берущим свои начала из свободы частной собственности и договора. Оно не противоречит конституционной гарантии рассмотрения дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 1 ст. 47 Конституции РФ). Конституция запрещает произвольное лишение права на разбирательство в соответствующем органе правосудия, но не препятствует свободному распоряжению этим правом.

Регулирование судебной компетенции, как и процессуальных отношений в целом, главным образом подчинено частным интересам. Заинтересованность государства в том или ином варианте разграничения судебной компетенции, в особенности при международной подсудности, также принимается во внимание, но в принципе эта заинтересованность не является приоритетной. Ей можно отдать предпочтение, если ее реализация не наносит ущерба правомерным интересам граждан. Это следует из признания прав человека и его свобод в качестве высшей ценности, возложения на государства обязанности признавать, соблюдать и защищать права человека, создавать условия, обеспечивающие ему достойную жизнь и свободное развитие (ст. 2, ч. 1 ст. 7 Конституции РФ). Первичность частного интереса, свобода в распоряжении субъективным частным правом позволяют рассматривать в качестве основных принципов подсудности право ответчика на суд в государстве по месту своего жительства <1> и право сторон на выбор наиболее оптимального для них места разрешения спора, включая право на определение международной подсудности дела.

<1> Это право в качестве основного принципа подсудности закреплено в Федеральной Конституции Швейцарской Конфедерации от 18 апреля 1999 г. (абз. 2 ст. 30).

Свобода трансграничного выбора места суда в определенном смысле представляет собой процессуальную форму проявления известного в международном частном праве и нормативно закрепленного в ст. 1210 ГК РФ принципа автономии воли сторон. Суть последнего заключается в признании допустимым и правомерным выражения сторонами воли, которая направлена на выбор права, подлежащего применению к гражданско-правовому отношению с их участием. Выбор сторонами права возможен и тогда, когда это отношение связано только с одним государством, и допустим в той мере, в какой он не вытесняет императивные нормы права названной страны <1>. Подчинение спора компетенции суда государства, право которого регулирует материальные правоотношения сторон, существенно упрощает его разрешение, поскольку устраняются возможные сложности, связанные с установлением содержания иностранного закона, снижается вероятность ошибки при его применении, уменьшаются судебные расходы и сокращаются сроки рассмотрения дела. Таким образом, выбор сторонами места суда позволяет им создать гарантии правильного применения права и экономичного производства. В то же время выбор места суда далеко не всегда обуславливается применимым правом. Преобладающими могут быть иные интересы спорящих сторон.

<1> Зыкин И.С. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002 // СПС "КонсультантПлюс".

Частичный или полный запрет права на выбор места суда возможен, а в ряде случаев необходим в целях защиты слабой стороны правоотношения или публичных интересов. Его ограничение допустимо в той мере, в какой получаемый при этом социально значимый эффект оправдывает вторжение государства в частную сферу отношений, превышает создаваемые при этом неудобства и обременения для сторон. На уровне нормотворчества при разработке законодательных или международных актов необходим взвешенный подход, предполагающий среди прочего детальное обоснование необходимости того или иного ограничения свободы, установление максимально точных пределов предпринимаемого вторжения в виде исключения права сторон на выбор места суда приблизительно так, как это делается в отношении автономии воли сторон при выборе права, применимого к их договорным отношениям <1>. В случае неясности или неточности законодательных формулировок предпочтение должно отдаваться допустимости договорного регулирования судебной компетенции.

<1> Примером могут служить ст. 1212 ГК РФ или ст. 29 Вводного закона к Гражданскому уложению Германии (далее - Вводный закон ГГУ), согласно которым при определенных условиях выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя.

Наиболее существенный фактор, обуславливающий необходимость ограничения свободы соглашений о подсудности, объясняется стремлением устранить или хотя бы снизить опасность навязывания более сильной по экономическому, правовому или социальному положению стороной такого места судебного разбирательства, которое выгодно лишь ей и не отвечает интересам ее слабого партнера. Такого рода опасности потенциально существуют, например, в отношениях между производителями товаров, лицами, оказывающими услуги, продавцами, с одной стороны, и потребителями - с другой; между работодателем и работником, арендодателем и арендатором, страховщиком и страхователем. Этим объясняется установление в международных соглашениях и праве ряда государств особого регулирования для соглашений о подсудности в указанных сферах.

Кроме того, по аналогии с ограничением автономии воли сторон в материальных отношениях (п. 5 ст. 1210 ГК РФ) свобода выбора места суда должна исключаться в тех случаях, когда договорное изменение международной подсудности направлено на устранение действия императивных правовых норм страны в отношении дела, которое в своих существенных аспектах связано только с этой страной.

Заслуживают внимания понятия, используемые при ограничении права сторон на выбор места суда. В российском и германском праве стороны не могут изменить подсудность дел, которые отнесены к исключительной подсудности. Понятие исключительной подсудности здесь трактуется не только как исключение общей подсудности по месту жительства ответчика или подсудности по выбору истца (альтернативной подсудности), но и как запрет договорной подсудности.

В праве Австрии и Швейцарии разграничиваются понятия исключительной подсудности (*ausschliessliche Gerichtsstande*) и императивной (*Zwangsgerichtsstande*) подсудности.

Исключительная подсудность трактуется как исключение общей и альтернативной подсудности, но не договорной подсудности. Последняя может исключаться только прямым законодательным запретом. Если это происходит, то имеет место императивная подсудность <1>. Так, в австрийском Законе о юрисдикции существует положение, согласно которому споры, возникающие из правоотношений между акционерным обществом, некоторыми другими экономическими объединениями, с одной стороны, и их членами - с другой (если речь идет о правах, общих для всех или определенной группы участников, или о правомерности решения общего собрания объединения), подсудны исключительно суду по месту нахождения объединения. Оно размещено в абз. 1 § 83b, за которым следует оговорка - изменение настоящей подсудности соглашением сторон не допускается (абз. 2). Это делает исключительную подсудность императивной.

<1> Fasching H.W. Lehrbuch des osterreichischen Zivilprozessrechts. 2. Aufl. Wien, 1990. S. 143; Muller T. in: Gerichtsstandsgesetz // Kommentar zum Bundesgesetz uber den Gerichtsstand in Zivilsachen. Herausgeg. von Muller T., Wirth M. Zurich: Schulthess, 2001. S. 63 - 64.

В швейцарском праве, кроме того, выделяется частично императивная подсудность (teilzwingender Gerichtsstand), представляющая собой такую подсудность, которая хотя и является императивной, однако после возникновения спора может быть изменена соглашением сторон. Например, по общему правилу не могут отказаться от законодательно установленной подсудности посредством соглашения, заключенного до возникновения спора, или посредством безоговорочного вступления в производство потребитель, квартиросъемщик или арендатор, лицо, желающее заключить трудовой договор, или работник. При этом закон не исключает возможность соглашения о подсудности, заключенного после возникновения спора (ст. 21 Федерального закона о подсудности). Частичная императивность подсудности может также проявляться в том, что не допускается лишь дерогационный эффект соглашения о подсудности - потребитель, арендатор или работник изначально не могут быть лишены права вести процесс в суде, predetermined законодательными нормами. Напротив, пророгационное соглашение, позволяющее такой стороне инициировать судебное производство в более благоприятном для нее месте, будет действительным. Ее контрагенты (предприниматель, арендодатель или работодатель) оспорить такое соглашение на основе ст. 21 Закона о подсудности не могут <1>.

<1> Gross B. in: Gerichtsstandsgesetz // Kommentar zum Bundesgesetz uber den Gerichtsstand in Zivilsachen. Herausgeg. von Muller T., Wirth M. Zurich: Schulthess, 2001. S. 486.

Нетрудно заметить, что выделение помимо исключительной подсудности императивной и частично императивной подсудности, а также определение действительности соглашения о выборе суда в зависимости от того, когда оно было заключено (до или после возникновения спора) и в каком варианте оно проявляется (как пророгация или дерогация), создают гораздо более тонкий и совершенный механизм правового регулирования, который позволяет точно решать стоящие перед ним социальные задачи. Поэтому австрийский и швейцарский подходы к определению границ соглашения о подсудности можно признать перспективными.

2. Право, применимое к соглашениям о международной подсудности, и общие принципы разрешения правовых коллизий

Договорная международная подсудность подчинена той же системе источников правового регулирования, что и вся международная подсудность в целом, а именно международным договорам и внутреннему праву соответствующих государств. Предпочтительными с точки зрения предмета регулирования являются международные договоры. Только они способны обеспечить эффективный трансграничный правовой режим соглашений о подсудности в его главных аспектах, устанавливая единые условия его действительности, определяя его пророгационное и дерогационное действие, предусматривая возможность признания и исполнения решения, которое было принято выбранным сторонами судом. Регулирование всех этих вопросов внутригосударственными правовыми нормами таит реальную опасность того, что действительность одного и того же соглашения и связанные с этим юридические последствия будут оцениваться различным образом.

В соотношении норм международного права и норм внутреннего права приоритет отдается первым: если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ; предл. 1 абз. 2 ст. 3 Вводного закона ГГУ). В доктрине приоритетное действие международного договора объясняется общепризнанными принципами правового регулирования: специальный закон преобладает над общим (lex specialis derogat lex generalis) и последующий закон преобладает над предыдущим (lex posterior derogat legi priori) <1>. Эти же принципы определяют соотношение норм

внутреннего права или норм различных международных соглашений, имеющих совпадающие предметы регулирования.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 27.

В этой связи возникает проблема разграничения допустимого специального регулирования, предусматриваемого внутренним правом в качестве конкретизации общей нормы международного договора, и недопустимого иного внутригосударственного регулирования, противоречащего положениям международного акта.

Позиция российских судов в решении этой проблемы иллюстрируется мнением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенным по поводу дела о признании и приведении в исполнение решения областного суда Республики Казахстан. Суд первой инстанции отказался признать это решение из-за несоблюдения требований ст. 8 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г., а именно в суд не был представлен исполнительный документ. При этом среди установленных Соглашением оснований для отказа в удовлетворении ходатайства о приведении в исполнение иностранного судебного решения отсутствие исполнительного документа не фигурирует (ст. 9). Так как Соглашением последствия непредставления документов, указанных в ст. 8, не урегулированы, то (с учетом ст. 5 Соглашения, предусматривающей, что при оказании правовой помощи суды применяют законодательство своего государства) в случае их непредставления подлежат применению нормы АПК РФ. Таким образом, при рассмотрении заявлений о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений применяются положения Соглашения 1992 г. и нормы АПК РФ, относящиеся к процедурным вопросам, в части, не противоречащей положениям данного Соглашения <1>.

<1> Пункт 1 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов // Приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. N 96.

На основе этого вывода представляется возможным сформулировать более обобщенные правила, определяющие взаимодействие норм международного права и внутригосударственных правовых норм: допустимым является применение норм внутреннего права, обеспечивающих надлежащее действие международного акта, достижение его целей или восполняющих пробелы его регулирования; исключаются те нормы внутреннего права, которые заменяют собой положения международного договора, устанавливая для субъектов регулируемых правоотношений иные права и обязанности, возможности и обременения и вступая при этом в противоречие с целями этого договора.

Предложенные правила позволяют получить, в частности, следующие результаты. Как совместимую с международным договором, допускающим соглашения о подсудности, можно рассматривать норму внутреннего права, которая предусматривает, что если стороны подчинили свой спор компетенции судов государства Р. без указания, какому именно суду, то надлежащий суд определяется по правилам территориальной подсудности этого государства. Если же законодательство государства содержит норму, допускающую предъявление иска в суд этого государства по месту нахождения имущества ответчика с оговоркой о ее применимости даже в случаях, когда между сторонами имеется соглашение о компетенции иностранного суда, то такое правило противоречит международному договору, согласно которому соглашение о подсудности дела судам одного государства - участника договора должно рассматриваться как исключение компетенции судов других государств-участников. Неправомерными могут оказаться и законодательные изменения, посредством которых чрезмерно расширяется перечень дел, которые подчиняются исключительной (исключающей) возможностью соглашений о подсудности) юрисдикции государства.

В кратком обзоре международных актов, применимых к соглашениям о международной подсудности, прежде всего следует назвать Конвенцию о соглашениях о выборе суда, которая одобрена представителями правительств более 50 стран, в том числе Российской Федерации, на Двдцатой сессии Гаагской конференции (Convention on choice of court agreements), проходившей 14 - 30 июня 2005 г. <1>. Положения о договорной подсудности содержат: Минская конвенция (ст. 21); Кишиневская конвенция (ст. 23); Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. (п. 2 ст. 4) <2>; Регламент N 44/2001 (ст. ст. 13, 14, 17, 21, 23 - 24); Луганская конвенция (ст. ст. 12, 12а, 15, 17, 18); Кодекс Бустаманте (ст. ст. 318 - 322) <3>, а также Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов от 19 мая 1956 г. (абз. 1 ст. 31); Конвенция об унификации некоторых правил,

касающихся международных воздушных перевозок, от 12 октября 1929 г. (ст. ст. 28, 32); Международная конвенция об унификации некоторых правил, относящихся к перевозке пассажиров морем, от 29 апреля 1961 г. (ст. 9) <4>; Международная конвенция для унификации некоторых правил, относящихся к перевозке багажа пассажиров морем, от 27 мая 1967 г. (ст. 13); Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа от 13 декабря 1974 г. (ст. 17) <5>; Конвенция о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа от 1 марта 1973 г. (ст. ст. 21, 23). Как правило, соглашение о подсудности регулируется также в двусторонних договорах о правовой помощи или в договорах о взаимном признании и исполнении судебных решений <6>.

<1> Конвенция открыта для подписания всеми государствами и должна вступить в силу в первый день месяца, следующего после истечения трех месяцев с момента сдачи на хранение второй ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении к Конвенции. На 1 сентября 2007 г. Конвенция в силу не вступила (сведения о статусе Конвенции см.: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98).

<2> В Конвенции участвуют: Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

<3> Действует для Боливии, Бразилии, Венесуэлы, Гватемалы, Гондураса, Гаити, Доминиканской Республики, Коста-Рики, Кубы, Никарагуа, Перу, Панама, Сальвадора, Чили, Эквадора (<http://www.oas.org>).

<4> Вступила в силу 4 июня 1965 г., участвуют: Алжир, Гаити, Иран, Куба, Мадагаскар, Марокко, Объединенная Арабская Республика (Египет), Перу, Тунис, Франция (денонсировала Конвенцию 3 декабря 1975 г.), Швейцария (Yearbook 2005 - 2006 annuaire. Comite Maritime International // http://www.comitemaritime.org/year/2005_6/pdffiles/YBK05_06.pdf. P. 443 - 444).

<5> Вступила в силу 28 апреля 1987 г., участвуют: Албания, Аргентина, Багамы, Барбадос, Бельгия, Вануату, Гайана, Греция, Грузия, Доминика, Египет, Иордания, Ирландия, Испания, Йемен, Китай, Латвия, Либерия, Люксембург, Малави, Маршалловы Острова, Нигерия, Польша, Российская Федерация, Сент-Китс и Невис, Соединенное Королевство, Тонга, Украина, Хорватия, Швейцария, Экваториальная Гвинея, Эстония (Yearbook 2005 - 2006 annuaire. Comite Maritime International // http://www.comitemaritime.org/year/2005_6/pdffiles/YBK05_06.pdf. P. 481 - 482).

<6> Среди таких двусторонних договоров о правовой помощи с участием Российской Федерации соглашение о подсудности регулируется: п. 2 ст. 16 Договора с Республикой Индией от 3 октября 2000 г. (ратиф. Законом от 9 декабря 2002 г. N 163-ФЗ); ст. 21 Договора с Республикой Мали от 31 августа 2000 г.; ст. 20 Договора с Арабской Республикой Египет от 23 сентября 1997 г. (ратиф. Законом от 11 июня 2002 г. N 64-ФЗ); абз. 2 п. 2 ст. 36, абз. 2 п. 3 ст. 44 Договора с Республикой Польша от 16 сентября 1996 г. (ратиф. Законом от 13 июля 2001 г. N 96-ФЗ); абз. 2 п. 2 ст. 32, абз. 2 п. 3 ст. 40 Договора с Республикой Куба; абз. 2 п. 3 ст. 24, абз. 2 п. 3 ст. 26 Договора с Монголией от 20 апреля 1999 г.; абз. 2 п. 2 ст. 36, абз. 2 п. 3 ст. 44 Договора с Социалистической Республикой Вьетнам от 25 августа 1998 г. (нет); ст. 21 Договора с Республикой Иран от 5 марта 1996 г. (ратиф. Законом от 10 января 1997 г. N 16-ФЗ); ст. 21 Договора с Республикой Грузия от 15 сентября 1995 г.; ст. 21 Договора с Республикой Молдова от 25 февраля 1993 г. (ратиф. Законом от 4 августа 1994 г. N 14-ФЗ); ст. 21 Договора с Латвийской Республикой от 3 февраля 1993 г. (ратиф. Законом от 17 декабря 1994 г. N 66-ФЗ); ст. 21 Договора с Эстонской Республикой от 26 января 1993 г. (ратиф. Законом от 5 августа 1994 г. N 20-ФЗ); ст. 21 Договора с Азербайджанской Республикой от 22 декабря 1992 г. (ратиф. Законом от 4 августа 1994 г. N 15-ФЗ); ст. 21 Договора с Республикой Кыргызстан от 14 сентября 1992 г. (ратиф. Постановлением Верховного Совета РФ от 14 января 1993 г. N 4294-1); п. 2 ст. 21 Договора с Литовской Республикой от 21 июля 1992 г. (ратиф. Законом от 10 августа 1994 г. N 24-ФЗ) // СПС "КонсультантПлюс".

Среди перечисленных источников особого внимания заслуживает Гагская конвенция 2005 г. в силу того факта, что она, хотя и не действует, целиком посвящена соглашениям о подсудности и является результатом работы, проделанной большой группой квалифицированных правоведов, представляющих все основные правовые системы, а поэтому вполне может рассматриваться в качестве воплощения новейших представлений мировой юридической мысли об институте договорной подсудности.

Следует заметить, что на счету Гагской конференции уже имеются Конвенция о юрисдикции выбранного форума в договоре международной купли-продажи товаров от 15 апреля 1958 г. и Конвенция о выборе суда от 25 ноября 1965 г. Оба документа хотя и были подписаны, но так и не вступили в силу. Очередная попытка вызвана желанием мирового сообщества содействовать развитию международной торговли и инвестициям путем расширения сотрудничества между государствами в судебной сфере, стремлением создать международно-правовой режим, который обеспечивал бы эффективность соглашений о выборе суда между сторонами коммерческих

сделок, а также регламентировал бы признание и исполнение решений, выносимых по итогам основанного на таких соглашениях судебного разбирательства.

Гагская конвенция 2005 г. имеет двойное действие. Во-первых, она устанавливает правила, касающиеся требований, предъявляемых к соглашению о подсудности, и последствий его заключения для судов, осуществляющих производство по иску. Во-вторых, в ней регулируется порядок признания и исполнения решения, принятого судом, компетенция которого основывалась на соглашении о выборе суда. Таким образом, стороны, заключившие соглашение о подсудности, не только вносят ясность относительно места судебного разбирательства, но и получают правовую гарантию признания и исполнения судебного решения за пределами территории государства места суда. Последнее обстоятельство имеет важное значение, поскольку отсутствие соответствующего международно-правового регулирования нередко становится препятствием для исполнения иностранных судебных решений.

Гагская конвенция 2005 г. состоит из 34 статей, сгруппированных в пяти главах, и приложения. Первая глава определяет сферу действия Конвенции, вторая посвящена последствиям соглашения о выборе суда для судебной компетенции, в третьей регулируется признание и исполнение решений, которые приняты судом, действовавшим на основе пророгационного соглашения. Четвертая озаглавлена "Общие положения" и содержит нормы, касающиеся различных вопросов, связанных с возможными вариантами адаптации Конвенции к индивидуальным особенностям государств-участников, и соотношения с другими международными актами. В последней главе сосредоточены правила подписания и ратификации Конвенции, вступления ее в силу и денонсации. Конвенцию сопровождает приложение - рекомендуемая форма уведомления о вынесении и содержании судебного решения, которое должно исполняться на основании предусмотренных в ней положений.

Другой пример относительно подробного регулирования соглашений о международной подсудности дает Регламент (ЕС) Совета от 22 декабря 2000 г. N 44/2001 "О юрисдикции и признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам" (далее - Регламент). В данном случае речь уже идет о реально действующем нормативном акте, что позволяет оценивать эффективность регулирования с учетом практики его применения.

Во внутреннем праве соглашения о подсудности могут регулироваться как общими правилами судопроизводства, определяющими судебную компетенцию, так и специальными процессуальными нормами о международной подсудности. Примером первого варианта является § 38 ГПУ Германии, который озаглавлен "Допустимые соглашения о подсудности" и применяется к договоренностям, изменяющим как внутреннюю территориальную компетенцию германских судов, так и международную подсудность <1>. Второй вариант используется в отечественном праве. Особые предписания ГПК РФ (ст. 404) и АПК РФ (ст. 249) о договорной подсудности находятся в главах, посвященных компетенции судов по рассмотрению дел с участием иностранных лиц. Подобные нормы могут также содержаться в законах о международном частном праве, например, в МЧП Италии (ст. 4), Федеральном законе о международном частном праве от 18 декабря 1987 г. Швейцарии (ст. 5) (далее - МЧП Швейцарии).

<1> Hartmann P. in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen // Begr. Von Adolf Baumbach fortgef. von Wolfgang Lauterbach, verfasst von Albers J., Hartmann. P. 61. Munchen: Aufl. C.H. Beck, 2003. S. 135.

Таким образом, как на международном уровне, так и во внутреннем праве имеются разнообразные нормативные акты, касающиеся соглашений о подсудности. Вопрос о том, какой из них подлежит применению, решается на основе приоритета специальной нормы над общей, последующей нормы над предшествующей с учетом сферы действия этих актов по предмету, лицам, пространству и времени. Проведем детальный анализ наиболее значимых международных конвенций и положений внутреннего права с точки зрения определения границ их применения.

2.1. Действие международных актов

А. Международные договоры с участием Российской Федерации:

і) Минская и Кишиневская конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам.

Общие положения.

Обе Конвенции имеют одинаковый предмет регулирования. Во-первых, в этот предмет входит комплекс вопросов, связанных с юридической защитой прав граждан и организаций, которые проживают или имеют место нахождения на территории договаривающихся государств, в том числе посредством определения условий обращения в суд и прочих процессуальных прав сторон, установления норм международной подсудности, а также условий взаимного признания и исполнения судебных решений. В данном случае речь идет о правоотношениях, возникающих и

осуществляющихся между органами юстиции государства и частными лицами. Во-вторых, они регулируют порядок сношения между учреждениями юстиции стран-участниц при оказании ими правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, в частности, посредством составления и пересылки документов, проведения обысков, изъятия, пересылки и выдачи вещественных доказательств, возбуждения уголовного преследования, розыска и выдачи лиц, совершивших преступления, а также путем вручения документов. Эти правоотношения хотя и возникают в связи с делами, касающимися частных лиц, однако осуществляются, как правило, без их прямого участия.

Кишиневская конвенция как *lex posterior* (последующий закон) в отношениях между государствами, которые ее подписали и ратифицировали, прекращает действие Минской конвенции. Согласно ст. 120 Кишиневской конвенции она вступает в силу на 30-й день с даты сдачи на хранение депозитарию третьей ратификационной грамоты. Для государства, которое сдало ратификационную грамоту на хранение депозитарию после вступления в силу настоящей Конвенции, она вступает в силу на 30-й день с даты сдачи на хранение депозитарию его ратификационной грамоты. Таким образом, она вступила в силу для Белоруссии, Азербайджана и Казахстана 27 апреля 2004 г.; для Киргизии - 1 октября 2004 г.; для Армении - 19 февраля 2005 г.; для Таджикистана - 17 мая 2005 г. В отношениях между остальными странами СНГ продолжает действовать Минская конвенция. Российская Федерация Кишиневскую конвенцию не ратифицировала <1>.

<1> По данным СПС "КонсультантПлюс" на 1 января 2007 г.

Кишиневская конвенция распространяется на правоотношения, возникшие до ее вступления в силу (ст. 122). Это, в частности, означает, что процессуальные действия в судебных производствах, которые были начаты до указанного срока, после его наступления должны совершаться в соответствии с ее положениями.

С учетом перспектив полной замены Минской конвенции в последующем изложении преимущественно будет исследоваться текст Кишиневской конвенции.

Действие Кишиневской конвенции в отношении соглашений о подсудности.

В части регулирования права на обращение в суд и прочих процессуальных прав Конвенция распространяется на граждан договаривающихся государств и лиц, проживающих на их территориях. Особым образом оговаривается применимость Конвенции к юридическим лицам (п. 4 ст. 1). Под ее действие попадают гражданские дела и экономические споры. На основании преамбулы (абз. 2) и п. п. 1 - 2 ст. 1 Конвенции <1> можно сформулировать следующее общее правило ее применения, в том числе к соглашениям о международной подсудности, поскольку на этот счет каких-либо специальных норм не установлено: она распространяется на граждан и юридических лиц государства - участника Конвенции, а также на лиц, проживающих на его территории, при осуществлении ими процессуальных прав на территориях других государств-участников.

<1> Абзац 2 преамбулы гласит: "...исходя из стремления обеспечить гражданам каждой из Договаривающихся Сторон и другим лицам, проживающим на ее территории, надежную правовую защиту их личных, имущественных и неимущественных прав на территориях всех Договаривающихся Сторон...".

Пункт 1 ст. 1 указанного параграфа гласит: "Граждане каждой из Договаривающихся Сторон, а также другие лица, проживающие на ее территории, пользуются на территориях всех других Договаривающихся Сторон такой же правовой защитой их личных, имущественных и неимущественных прав, как и собственные граждане этой Договаривающейся Стороны".

Рассмотрим действие этого правила в некоторых проблематичных ситуациях.

Предположим, на стадии предъявления иска необходимо определить действительность соглашения о подсудности. Вопрос должен решаться в соответствии с Конвенцией, если иск предъявляется гражданином государства места суда к ответчику, который хотя и проживает в том же государстве, но является гражданином другого государства - участника Конвенции. Это обусловлено тем, что под действие Конвенции подпадает ответчик как гражданин государства - участника Конвенции, который ведет процесс в суде другого государства-участника. То обстоятельство, что он проживает в государстве места суда, не ведет к устранению его статуса иностранца.

Если в той же ситуации ответчиком выступает лицо, которое является гражданином третьего государства и не проживает в каком-либо ином государстве - участнике Конвенции, а имеет место жительства в третьем государстве, то Конвенция не может применяться, и суд должен будет руководствоваться либо иным международным договором, либо нормами внутреннего права, в частности, правилами о производстве по делам с участием иностранных лиц (например,

российский суд может применить положения разд. V ГПК РФ или разд. V АПК РФ). В данном случае само по себе положение ответчика в качестве иностранца не является решающим, поскольку Конвенция регулирует процессуальные отношения с участием граждан иных договаривающихся государств или лиц, имеющих на этих территориях место жительства (место нахождения). По этой же причине нет оснований для применения Конвенции, когда ответчик - гражданин третьего государства проживает в стране места суда, но такое основание существует, если он имеет место жительства в иной стране - участнице Конвенции.

В случае, когда возникнет необходимость исполнить принятое по делу решение судом одного государства - участника Конвенции на территории другого государства-участника, условия признания и исполнения такого решения будут регулироваться ст. 54 и сл. Конвенции, даже если компетенция суда, осуществившего производство по делу, определялась по нормам иного международного договора или внутреннего права. Это следует из общей обязанности каждого из договаривающихся государств признавать и исполнять судебные акты, вынесенные на территориях других договаривающихся государств, в том числе судебные решения по гражданским делам и экономическим спорам, на условиях, предусмотренных Конвенцией (ст. 54, п. 3 ст. 1). В частности, суд государства места исполнения может отказать в принудительной реализации решения, которое было принято судом другого государства-участника, действовавшего на основании соглашения сторон о подсудности, если, согласно Конвенции, дело находится в его исключительной компетенции;

ii) Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.

Соглашение действует в отношениях между Россией, Белоруссией, Украиной, Узбекистаном, Киргизией, Казахстаном, Арменией, Таджикистаном и Туркменией. Оно направлено на развитие сотрудничества государств - участников СНГ в области разрешения связанных с осуществлением хозяйственной деятельности споров (абз. 2 преамбулы) и регулирует вопросы разрешения дел, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами, а также исполнения решений по ним в тех случаях, когда речь идет о спорах между субъектами, находящимися в разных государствах - участниках Содружества Независимых Государств (ст. 1 Соглашения). Под хозяйствующими субъектами для целей Соглашения понимаются предприятия, их объединения, организации любых организационно-правовых форм, а также граждане, обладающие статусом предпринимателя в соответствии с законодательством, действующим на территории государств - участников Содружества Независимых Государств, и их объединения (ст. 2).

На основании этих положений общее правило, определяющее сферу действия Соглашения по субъектам и предмету регулирования, можно сформулировать следующим образом: оно распространяется на лиц, которые занимаются хозяйственной деятельностью или проживают (имеют место нахождения) на территории государства - участника Соглашения, при осуществлении ими процессуальных прав на территориях других государств-участников. Правило и его интерпретация аналогичны тем, которые были предложены в отношении Конвенций стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, с той, однако, разницей, что предметная сфера действия Соглашения, по сравнению с Конвенциями, более узкая: из нее исключены гражданские дела с участием граждан, не обладающих статусом предпринимателя, а также уголовные дела.

Предметы регулирования Соглашения и Конвенций совпадают в той части, которая касается вопросов разрешения экономических споров с участием граждан и юридических лиц, включая вопросы судебной компетенции, признания и исполнения судебных решений. В этой связи возникает проблема разграничения сфер действия указанных актов. Сложность ее решения усугубляется тем обстоятельством, что Соглашение вообще не содержит прямого указания о соотношении с другими международными договорами, а в соответствии с Кишиневской конвенцией ее положения не затрагивают прав и обязательств договаривающихся государств, вытекающих из других международных договоров, участниками которых они являются или могут стать (п. 3 ст. 118).

Коллизия разрешается с учетом специфики правовых систем стран СНГ, состоящей в том, что в этих государствах помимо судов общей юрисдикции действуют обособленные арбитражные, хозяйственные, экономические и другие суды, разрешающие дела по спорам в сфере экономики. Эта категория дел подпадает под действие Киевского соглашения. Другими словами, если к проблеме подойти с точки зрения российского права, Соглашение применимо к спорам, отнесенным к компетенции арбитражных судов Российской Федерации <1>, а Конвенции о правовой помощи - к делам, находящимся в ведении судов общей юрисдикции. Это обстоятельство не исключает возможность применения Соглашения судами общей юрисдикции <2>, и наоборот, арбитражные суды также могут обращаться к положениям Конвенций.

<1> Применение Соглашения иллюстрируется, в частности, следующими Постановлениями ФАС Московского округа от 15 октября 2003 г. по делу N КГ-А40/7902-03-П, от 25 февраля 2003 г. по делу N КГ-А41/8907-02-П, от 6 ноября 2001 г. по делу N КГ-А40/6356-01, от 26 июня 2001 г. по делу N КГ-А40/3134-01, от 29 января 2001 г. по делу N КГ-А40/6478-00.

<2> Например, Московский городской суд рассмотрел заявление о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения на основании Соглашения; правильность принятого по результатам разбирательства определения подтверждена Определением Верховного Суда РФ (Определение Верховного Суда РФ от 15 ноября 2002 г. по делу N 5-Г02-153).

Присутствие в Конвенциях о правовой помощи оговорки о том, что их действие распространяется в том числе на правоотношения с участием юридических лиц и на экономические споры, прежде всего обеспечивает реализацию принципа преимущественной компетенции судов общей юрисдикции. Согласно этому принципу дела, содержащие несколько связанных между собой требований, из которых одни подведомственны суду общей юрисдикции, другие - арбитражному (хозяйственному, экономическому) суду, подлежат рассмотрению и разрешению в суде общей юрисдикции (ч. 4 ст. 22 ГПК РФ). Таким образом, наличие в деле экономических требований и участие юридических лиц не препятствуют применению Конвенций. Кроме того, благодаря такой оговорке Конвенциям придается свойство общего закона, что позволяет обращаться к ним для восполнения пробелов Соглашения;

iii) двусторонние договоры о правовой помощи и правовых отношениях.

Среди ряда прочих вопросов предметом регулирования двусторонних договоров о правовой помощи с участием Российской Федерации являются, как правило, международная подсудность, возможность ее изменения соглашением сторон, последствия такого соглашения. Сфера действия этих договоров по субъектам определяется иначе, чем в рассмотренных многосторонних соглашениях. Здесь решающее значение придается гражданству лица. Это следует из общих положений, в частности, из принципа национального режима, который обычно формулируется следующим образом: "Граждане одной Договаривающейся Стороны пользуются на территории другой Договаривающейся Стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и граждане этой Договаривающейся Стороны... Граждане одной Договаривающейся Стороны имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру, нотариальные конторы (далее - "учреждения юстиции") и в иные учреждения другой Договаривающейся Стороны, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, могут выступать в них, возбуждать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, как и собственные граждане" <1>.

<1> См., например, ст. 1 Договора между Российской Федерацией и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 3 февраля 1993 г.

Здесь явно подчеркивается направленность договора на гарантию равноправия граждан соответствующих стран. Аналогичный акцент делается на норме, регуливающей вопрос об освобождении судебных расходов <1>. Очевидно, что на граждан других государств и лиц без гражданства договор не распространяется. Отсюда, конечно же, нельзя делать вывод о неприменимости к этим лицам принципа национального режима: данный принцип применим в силу ч. 2 ст. 62 Конституции РФ, ч. 1 ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ.

<1> Например, в ст. 19 Договора о правовой помощи между Российской Федерацией и Латвийской Республикой предусматривается: "Граждане одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны освобождаются от уплаты судебных расходов на тех же основаниях и в том же объеме, как и граждане данного государства".

Статьи, посвященные компетенции судов и возможностям ее изменения посредством соглашения сторон, прямо в своем действии по признаку государственной принадлежности не ограничены. Поскольку, однако, судебная компетенция и соглашение сторон о подсудности составляют один из аспектов реализации права на обращение в органы юстиции, ограничение следует из указанных общих положений. Таким образом, нормы двусторонних международных договоров (в том числе в части регулирования договорной подсудности) являются нормами специальными, устанавливающими особые правила в отношениях между гражданами государств-участников или юридическими лицами, созданными в соответствии с законодательством государств-участников. Поэтому они обладают приоритетом перед общими положениями многосторонних международных договоров при условии, если из соответствующих международных договоров не следует иное.

Б. Регламент (ЕС) Совета N 44/2001, Брюссельская конвенция стран ЕС 1968 г., Луганская конвенция 1988 г.

Для того чтобы выяснить, распространяется ли на соглашение о международной подсудности какой-либо из указанных актов, необходимо учитывать как общие положения, определяющие сферу его действия, так и специальные правила, касающиеся его применимости к соглашениям о подсудности. Все три акта являются действующими и имеют один и тот же предмет регулирования. Поэтому прежде всего необходимо определить их соотношение. Затем последовательно будут изложены правила, очерчивающие предметную сферу их действия, а также их действие по лицам и во времени:

i) соотношение Регламента, Брюссельской конвенции и Луганской конвенции.

Регламент и Конвенции <1> осуществляют унифицированное регулирование международной подсудности, признания и исполнения судебных решений, принимаемых по гражданским и торговым делам. Брюссельская конвенция носит закрытый характер и не предусматривает возможности вступления в нее государств, не являющихся членами европейских сообществ. Луганская конвенция была подписана государствами - членами ЕС и государствами - членами Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ). В отличие от Брюссельской конвенции она относится к открытому типу многосторонних соглашений. Правом на присоединение к ней обладают не только государства - участники ЕС и ЕАСТ, но и страны, приглашенные к вступлению в соответствии с порядком, установленным в п. "b" абз. 1 ст. 62 (ст. 60). По предмету регулирования, структуре, последовательности (нумерации) статей и их содержанию Брюссельская и Луганская конвенции практически совпадают, поэтому их называют параллельными <2>.

<1> Здесь и далее при сравнительном анализе Регламента N 44/2001, Брюссельской и Луганской конвенций под конвенциями понимаются Брюссельская конвенция и Луганская конвенция.

<2> Kropholler J. Op. cit. S. 47.

С 1 марта 2002 г. вместо Брюссельской конвенции стал действовать Регламент (ЕС) Совета N 44/2001, принятый в результате реформирования европейского права на основе п. "с" ст. 61 Договора об учреждении Европейского сообщества и в порядке, установленном абз. 1 ст. 67 этого Договора. Сохранив принципы и ряд предписаний Брюссельской конвенции с учетом толкований Суда ЕС, Регламент в части, касающейся подсудности, внес некоторые корректировки и существенно преобразовал процедуру признания и исполнения судебных постановлений <1>. Брюссельская конвенция продолжает действовать для Дании, а также для заморских стран и территорий, которые имеют особые отношения со странами ЕС, но согласно ст. 299 Договора о Европейском сообществе не подпадают под действие Регламента;

<1> Регламент по своей структуре (по количеству и заголовкам глав) в целом совпадает с Брюссельской и Луганской конвенциями. Он состоит из преамбулы, 76 статей, сгруппированных по восьми главам, а также пяти приложений. Глава I состоит из одной статьи и определяет сферу применения Регламента. Глава II посвящена международной подсудности (ст. ст. 2 - 31). Признание и принудительное исполнение судебных постановлений регулируются в гл. III (ст. ст. 32 - 56), а официальных (несудебных) актов или заключенных в суде мировых соглашений - в гл. IV (ст. ст. 57 - 58). Последующие главы содержат общие предписания и переходные положения, нормы, определяющие отношение Регламента к другим соглашениям, и заключительные положения. Приложения Регламента содержат среди прочего перечень норм о подсудности государств - членов ЕС, не действующих в сфере применения Регламента (Приложение I), перечень судов государств - членов ЕС, в которые надлежит подавать заявления о допустимости принудительного исполнения судебных постановлений (Приложение II).

ii) предметная сфера действия Регламента и Конвенций.

Регламент и Конвенции регулируют международную подсудность, а также признание и исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам.

Действие Регламента и Конвенций распространяется, в частности, на дела о взыскании алиментов; иски созданных для защиты интересов потребителей объединений (например, на основании § 13 Закона об общих условиях сделок ФРГ от 9 декабря 1976 г. <1>); споры из трудовых правоотношений; морские дела, в особенности споры о платежах за спасение судна или груза; картельные дела; требования, которые вытекают из договора, заключенного конкурсным управляющим для обеспечения деятельности предприятия, находящегося под его управлением. Следует, однако, иметь в виду, что подсудность дел о несостоятельности находится за пределами регулирования указанными актами и является предметом Регламента (ЕС) Совета от 29 мая 2000 г. N 1346/2000.

<1> Закон опубликован на русском языке в кн.: Германское право. Ч. III / Науч. ред. Р.И. Каримуллин. М.: Статут, 1999. С. 41 - 52.

Под действие Регламента и Конвенций не подпадают дела публично-правового характера (абз. 1 ст. 1), например споры о реализации властных полномочий органов государственной власти и органов самоуправления, а также дела, относящиеся к тем правоотношениям, на которые указанные акты не распространяются (абз. 2 ст. 1), а именно дела, связанные со статусом физического лица (в частности, об оспаривании факта заключения брака и о его действительности), дела о несостоятельности, дела социального обеспечения (например, вытекающие из различных видов социального страхования, об оказании медицинской помощи или о выплате пособий по безработице); вопросы арбитражного (третейского) производства (например, рассмотрение заявлений о назначении или отзыве арбитра, об определении места арбитражного разбирательства, о продлении арбитражных процессуальных сроков, споры о действительности арбитражных соглашений, ходатайства об отмене, изменении, признании или исполнении решений третейских судов);

iii) действие Регламента и Конвенций по лицам.

В определении действия Регламента и Конвенций по лицам решающее значение придается месту жительства сторон. При этом их гражданство роли не играет. Таким образом, их нормы могут распространяться на граждан и организации других государств, в том числе на граждан и юридических лиц Российской Федерации, если их место жительства или место нахождения расположено на территории стран - участниц ЕС или Луганской конвенции. Подсудность предъявляемых к ним исков по гражданским и торговым делам будет определяться Регламентом или Конвенциями.

Используемое в статьях, посвященных подсудности, словосочетание "лица, имеющие место жительства" (*les personnes domiciliees, le persone aventi il domicilio, persons domiciled, Personen, die ihren Wohnsitz in ...haben*) может вызвать вопрос: о каких лицах идет речь? Только ли о физических, поскольку именно они способны иметь место жительства (*domicile, Wohnsitz*), в то время как применительно к объединениям и юридическим лицам говорят об их месте нахождения (*siege, seat, Sitz*)? Ответ на этот вопрос дает ст. 60 Регламента (ст. 53 Конвенций), в которой (в связи с указанием на право, применимое к определению места жительства) понятия места жительства и места нахождения отождествляются.

Кроме того, благодаря тому, что в этих предписаниях помимо юридических лиц также упомянуты объединения, обеспечивается действие Регламента и Конвенций в отношении всех возможных субъектов судопроизводства. В особенности это касается тех образований, которые хотя и не обладают самостоятельной правосубъектностью в материальных правоотношениях, однако правом на самостоятельное участие в процессе наделяются (например, полные и командитные товарищества в ФРГ, конкурсная масса или лежащее наследство (*hereditas iacens*) в Австрии).

Место жительства физического лица.

При разработке Брюссельской конвенции эксперты уделили особое внимание обоснованию целесообразности определения общей подсудности по месту жительства, а не по гражданству ответчика. Это, в частности, объясняется тем, что данный вариант отличается от положений, действующих в системах французской правовой семьи (см. ст. ст. 14 и 15 Гражданского кодекса Франции), а также ряда двусторонних соглашений (французско-бельгийского, бельгийско-нидерландского, французско-швейцарского и некоторых других договоров) <1>.

<1> Jenard P. Bericht zu dem Ubereinkommen uber die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen // Der Internationale Rechtsverkehr. Munchen: C.H. Beck, Stand: 30.10.1998. S. 601-19.

Использование признака гражданства в качестве критерия определения подсудности подчеркивалось в докладе экспертов, сопряжено со значительными сложностями, в особенности потому, что это потребовало бы от судьи предварительного исследования государственной принадлежности сторон и сопряжено с необходимостью внесения специальных норм, учитывающих случаи двойного гражданства <1>.

<1> Ibid. S. 601-20.

В национальных правовых системах понятие места жительства определяется по-разному. Какой смысл следует вкладывать в этот термин в случае применения Регламента или Конвенций? Можно ли отождествлять его с постоянным местом пребывания? Если да, то каковы отличия постоянного места пребывания от временного?

Относительно физических лиц Регламент и Конвенции на эти вопросы прямых ответов не дают. Посредством коллизионных норм они определяют способы их отыскания. Согласно ст. 59 Регламента (ст. 52 Конвенций):

- для того чтобы установить, имеет ли сторона место жительства на территории государства-участника, в судах которого возбуждается производство, суд руководствуется своим правом;

- если сторона не имеет места жительства на территории этого государства, то суд, для того, чтобы установить, имеет ли сторона место жительства на территории другого государства-участника, должен руководствоваться правом этого государства.

Таким образом, статья прямо устанавливает два режима определения правовой системы, подлежащей применению для установления места жительства лица в территориальных пределах действия Регламента или Конвенции: по праву места суда (ч. 1); по праву государства - участника ЕС или Конвенции, на территории которого сторона проживает (ч. 2).

В том и другом случае, по мнению комментаторов, целесообразно руководствоваться материальным, но не коллизионным правом <1>. Тем самым исключается обратная отсылка, т.е. ситуации, когда Регламент (Конвенции) отсылает к праву определенного государства-участника, а из коллизионных норм последнего вытекает необходимость обращения вновь к праву третьей страны.

<1> Geimer R., Schutze R. *Europaisches Zivilverfahrensrecht*. Munchen: Beck, 1997. S. 601.

Если место жительства стороны находится вне территориальной сферы действия Регламента или Конвенций, применяется третий режим: место жительства определяется по праву, на которое укажут коллизионные нормы места суда <1>.

<1> Jenard P. *Op. cit.* S. 601-22.

Во внимание принимаются предписания, подлежащие применению на момент определения места жительства, а не те, которые действовали на момент вступления в силу Регламента или Конвенций. Таким образом, государства могут в одностороннем порядке изменять границы международной подсудности. Однако эти возможности не беспредельны. Новации предписаний о месте жительства, устанавливающие нормы об исключительной подсудности, несовместимы с положениями Регламента и Конвенций. Также недопустимым будет правило, в силу которого к месту жительства приравнивается место регистрации в отеле или место жительства детей, которое после достижения ими совершеннолетия определяется по месту жительства их родителей <1>.

<1> Geimer R., Schutze R. *Op. cit.* S. 597 - 598.

Место нахождения объединения и юридического лица.

В Регламенте и Конвенциях оно определяется по-разному. Создатели Конвенций, как и в случае с определением места жительства граждан, не смогли выработать единых признаков места нахождения объединений и юридических лиц и поэтому выбрали метод коллизионного регулирования <1>: при определении места нахождения объединений и юридических лиц суд должен руководствоваться своим международным частным правом (ст. 53 Конвенций).

<1> Jenard P. *Op. cit.* S. 601-86.

Регламент в отличие от Конвенций непосредственно решает вопрос о месте нахождения объединений. Согласно ст. 60 Регламента место "жительства" объединений и юридических лиц для применения настоящего Регламента расположено там, где находится их место нахождения согласно уставу, их главное управление или их основное предприятие.

Действие Регламента и Конвенций во времени.

Действие Регламента во времени подчинено следующим правилам: он применяется только к тем искам, которые были предъявлены после вступления его в силу, т.е. с 1 марта 2002 г. (ст. 76); судебные постановления признаются и исполняются в соответствии с Регламентом, если они были приняты после вступления его в силу (ст. 66).

Действие Брюссельской конвенции во времени не всегда легко установить, поскольку необходимо принимать во внимание ее различные редакции, появление которых связано со вступлением в нее новых стран. Регулирующие этот вопрос нормы содержатся в ст. 54 Брюссельской конвенции, а также в каждом соглашении о присоединении (1978 г. - в ст. ст. 34 - 36, 1982 г. - в ст. 12, 1989 г. - в ст. 29). Суть этих правил едина: сама Брюссельская конвенция, а также все ее последующие изменения обратной силы не имеют, т.е. они распространяются только на иски, предъявляемые после вступления их в силу;

iv) действие Регламента и Конвенций в отношении соглашений о подсудности.

В указанных актах имеются особые нормы, посвященные соглашениям о подсудности, которые в доктрине оцениваются в качестве наиболее сложных и дискуссионных, имеющих существенное практическое значение, о чем свидетельствует относительно большое количество решений Суда ЕС <1>. Среди этих норм имеются общие, применимые ко всем соглашениям о подсудности, подпадающим под действие этих актов. Они сосредоточены в разд. 8 Регламента (ст. ст. 23 - 24), разд. 6 Конвенций (ст. ст. 17 - 18). Кроме того, существуют специальные правила, применимые к соглашениям о подсудности дел, относящихся к страхованию (ст. ст. 13 - 14 Регламента, ст. ст. 12 - 12а Конвенций), дел из договоров с участием потребителей (ст. 17 Регламента, ст. 15 Конвенций), дел из трудовых соглашений (ст. 21 Регламента, абз. 5 ст. 17 Конвенций). Действие этих норм определяется по принципу приоритета специальной нормы над общей.

<1> Auer S. in: Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und dem Luganer Übereinkommen; Auer S., Saferling C., Wolf C. in: Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen. Bulow A., Bockstiegel K.-H., Geimer R., Schutze R. Band I. München: Verlag C.H. Beck, 1998. S. 606-316.

Относительно соглашений о договорной подсудности имеются специальные правила, определяющие действие этих актов в пространстве и по лицам. В том варианте, который существует в Регламенте (п. п. 1, 3 ст. 23), они формулируются следующим образом: "Если стороны, из которых хотя бы одна имеет место жительства в государстве-участнике, согласились о том, что споры, которые возникли или могут возникнуть между ними из определенных правоотношений, должны разрешаться судом или судами какого-либо государства-участника, то такие суд или суды обладают компетенцией...

Когда подобное соглашение заключено сторонами, ни одна из которых не имеет место жительства в государстве-участнике, суды других государств-участников не вправе разрешать споры между этими сторонами, за исключением случаев, когда выбранные ими суд или суды приняли вступившее в законную силу постановление об отсутствии у них компетенции" <1>.

<1> Аналогичный текст Брюссельской и Луганской конвенций расположен соответственно в абз. 1 ст. 17 и отличается тем, что вместо словосочетания "государство-участник" используется выражение "договаривающееся государство".

Из первого правила следуют два специальных условия применения Регламента. Во-первых, одна из сторон соглашения о подсудности должна иметь место жительства на территории государства - участника ЕС; во-вторых, этим соглашением должен быть выбран суд (суды) какого-либо государства - участника ЕС. Другими словами, действие Регламента определяется местом жительства (местом нахождения) сторон и содержанием их соглашения. Второе правило предусматривает применение Регламента в случаях, когда ни одна из сторон не имеет места жительства в пределах ЕС, но их соглашение наделяет компетенцией суды одного из государств ЕС. Здесь используется лишь один критерий, ориентируемый на содержание соглашения.

Подразумевается также, что данные правила применимы лишь к делам, содержащим иностранный элемент, причем само по себе подчинение спора компетенции зарубежного суда такого элемента не создает. Иначе оценивается ситуация, когда выбор места суда сочетается с выбором применимого права, т.е. стороны своим соглашением о подсудности обеспечивают разбирательство дела в государстве, праву которого они подчинили свои отношения. В этом случае считается, что в деле присутствует иностранный элемент, достаточный для применения Регламента или Конвенций <1>. Все перечисленные специальные условия не отменяют общих положений, определяющих сферу действия Регламента по предмету регулирования, круг дел во времени и пространстве, но в определенных аспектах корректируют их.

<1> Schlosser P. Bericht, 1978 // Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen. Bd. I. München: C.H. Beck, 1998. S. 601-174.

Рассмотрим действие каждого из этих двух правил, а также определим правовой режим, применимый к соглашению, в котором стороны выбирают суд государства, не входящего в ЕС и не являющегося участником Луганской конвенции.

Действие предл. 1 абз. 1 ст. 23 Регламента (предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенций).

В соответствии с первым правилом Регламент или Конвенции применяются, если на территории ЕС (государства - участника Луганской конвенции) находится место жительства одной из сторон соглашения о подсудности. В отличие от общей подсудности ст. 2 Регламента

(Конвенций) здесь используется привязка не к месту жительства ответчика, а к месту жительства одной из сторон. Из этого следует, что для применения актов не имеет значения, кто (истец или ответчик) имеет место жительства в стране-участнице. Кроме того, считается рациональным и соответствующим требованиям принципа правовой определенности, когда правила Регламента (Конвенций), посвященные договорной подсудности, действуют одинаковым образом независимо от того, какую процессуальную роль будет играть та или другая сторона <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 228 - 229.

В силу того, что указанные акты в целом направлены на регулирование международной юрисдикции (абз. 4 преамбулы Брюссельской конвенции, абз. 3 преамбулы Луганской конвенции), они распространяются лишь на соглашения о международной подсудности, но не на договоренности о территориальной (внутренней) судебной компетенции, в которых вопрос о международной подсудности не затрагивается. Например, соглашение между двумя французами о подчинении их спора Трибуналу большой инстанции Лиона.

Применимость Регламента (Конвенций) очевидна, когда речь идет о соглашениях, которыми затрагивается компетенция судов двух или более государств-участников. Например, если соглашение заключено между лицами, проживающими в разных государствах-участниках или в одном государстве-участнике, о подчинении их спора суду другого государства-участника. Сомнения возникают в ситуациях, когда соглашение о подсудности не касается юрисдикции другого государства-участника. Например, спор проживающих во Франции граждан из деликта, совершенного на территории России, по их соглашению подчинен юрисдикции французского суда; или германская фирма заключает со своим американским партнером по договору о поставке товара в США соглашение о подчинении возможных споров из данного договора судам Германии. Надо ли в этом случае соответственно французскому или германскому суду руководствоваться своим внутренним правом или Регламентом?

Применимость Регламента (Конвенций) следует из буквального толкования статьи и заключения экспертной комиссии, разработавшей текст Брюссельской конвенции. В заключении прямо указывается, что предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенции действует в отношении соглашений между лицом, имеющим место жительства на территории одной из стран - участниц Сообщества, и лицом, проживающим за пределами этих стран, если оно обосновывает компетенцию суда одного из договаривающихся государств <1>. Кроме того, в пользу такого подхода свидетельствует то обстоятельство, что тем самым обеспечивается единообразное регулирование всех соглашений о подсудности, имеющих указанную в предл. 1 абз. 1 ст. 17 привязку к странам ЕС <2>.

<1> Jenard P. Op. cit. S. 601-56.

<2> Kropholler J. Op. cit. S. 230.

На решение поставленного вопроса существует и другая точка зрения, согласно которой делается акцент на определяющем значении цели европейских актов. Регламент и Конвенции предназначены для регулирования отношений между странами-участницами, и по этой причине п. 1 ст. 23 Регламента (предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенций) следует применять лишь в случаях, когда соглашение о подсудности имеет связь с двумя или более государствами - участниками ЕС. Таким образом, указанные выше соглашения оказываются за пределами действия Регламента и Конвенций и подчиняются соответственно внутреннему праву Германии либо Франции, поскольку хотя место жительства одной из сторон и находится на территории государства - участника ЕС и соглашение обосновывает компетенцию суда государства-участника, однако в остальном оно затрагивает лишь юрисдикцию третьих стран, например, исключая компетенцию судов Российской Федерации или США <1>.

<1> Samtleben Europäische Gerichtsstandsvereinbarung und Drittstaaten - viel Larm aus nichts? // Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1995. Bd. 59. S. 670.

Согласно этому мнению предл. 1 абз. 1 ст. 23 Регламента (предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенций) подлежит применению, если соглашение о подсудности обосновывает подсудность судов какого-либо государства-участника и одновременно исключает компетенцию судов другого государства-участника, т.е. в случаях, когда *forum prorogatum* и *forum derogatum* находятся в разных государствах-участниках. Но такой подход усложняет задачу суда. Для того чтобы установить, исключается ли соглашением сторон компетенция суда какого-либо государства-участника и тем самым решить вопрос о применимости Регламента (Конвенций), судья должен не только учитывать обстоятельства дела, обосновывающие ту или иную разновидность специальной подсудности (ст. ст. 5 - 7 Регламента, ст. 5 Конвенций), но и в соответствующих случаях

исследовать спорные вопросы, от решения которых зависит место судебного разбирательства (например, выяснить место исполнения договора (п. 1 ст. 5 Регламента и Конвенций)) <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 230.

Недостаточной является связь с государствами-участниками, которая проявляется в том, что на территории ЕС находится только *forum derogatum*, т.е. стороны подчинили свой спор компетенции судов третьего государства (не являющегося участником ЕС или Луганской конвенции), исключив предусмотренную Регламентом (Конвенциями) юрисдикцию государства-участника. Таким образом, если вопреки такому соглашению сторона обращается в суд государства-участника, например, по месту жительства ответчика, последствия соглашения (возможность отказа в рассмотрении спора по существу) должна определяться по внутреннему праву места суда. Формально это следует из условий применения указанных актов к соглашениям о выборе суда: они применяются, если хотя бы одна сторона соглашения имеет место жительства в пределах ЕС и *forum prorogatum* (а не *forum derogatum*) находится на территории одного из государств-участников.

С точки зрения возможного варианта развития общеевропейского права заслуживает внимания мнение профессора Я. Кропхоллера, который исходя из требований принципа правовой определенности полагает допустимым посредством толкования Судом ЕС абз. 1 ст. 17 Брюссельской конвенции распространить ее действие на случаи, когда соглашением сторон исключается подсудность, предусмотренная Конвенцией, в особенности если такое соглашение подчиняет дело компетенции суда, который является иностранным хотя бы для одной из сторон, имеющей место жительства в государстве-участнике <1>. При таком подходе действие соглашения в части исключения компетенции судов государства-участника в пользу судов третьего государства должно будет определяться на основании норм Регламента (Конвенций).

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 232.

В ряде случаев возникает вопрос: когда должны существовать условия применения предл. 1 абз. 1 ст. 23 Регламента (предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенций)? Предположим, житель России и житель Германии подчинили возможные споры из договора компетенции земельного суда Гамбурга. Затем вторая сторона перенесла свое место жительства в Россию. Или житель США и житель Российской Федерации заключили соглашение о подсудности их дел Трибуналу большой инстанции в Марселе, после чего вторая сторона переехала на постоянное место жительства в Лондон. Можно ли утверждать, что в первой ситуации из-за изменения места жительства соглашение о подсудности вышло из сферы действия ст. 23 Регламента, а во втором, напротив, переместилось в эту сферу? Тексты Регламента и Конвенций ответа на этот вопрос не дают.

В доктрине можно встретить утверждение, что решающее значение имеет место жительства на момент заключения соглашения <1>. Обосновывается оно ссылкой на принцип правовой определенности. Сторонам при заключении соглашения необходимо иметь достаточно точное представление относительно того, каким правовым нормам оно подчиняется, с тем чтобы правильно оценить последствия его заключения и выполнить требования, предъявляемые к его форме и содержанию. Правовая определенность обеспечивается, когда условие, влияющее на выбор применимого права (в данном случае место жительства стороны), устанавливается на момент заключения соглашения. Если же отдавать предпочтение обстоятельствам, сложившимся при обращении в суд или при постановлении решения, то правовой режим, которому будет подчиняться договоренность сторон после ее достижения, становится неопределенным, а вместе с тем неясными оказываются и ее юридические последствия <2>.

<1> Geimer R. Op. cit. S. 519.

<2> Geimer R., Schutze R. *Europaisches Zivilverfahrensrecht*. Munchen: Beck, 1997. S. 308.

Судебная практика придерживается иного подхода: поскольку речь идет о нормах подсудности, считается необходимым и достаточным, если они существуют на момент предъявления иска.

Обоснованием этого суждения служит позиция Суда ЕС, изложенная в решении по делу *Sanicentral GmbH v. Rene Collin*. Решение было принято в ответ на обращение кассационного суда Франции с ходатайством о разъяснении ряда положений Брюссельской конвенции, в том числе ст. 17. Проблема возникла в связи с судебным делом по поводу расторжения трудового договора, содержащего соглашение о подсудности в пользу германского суда, сторонами которого были французский гражданин, имевший место жительства во Франции, и нанявшее его в качестве работника без определенного места работы германское предприятие. Вопрос для Суда ЕС был сформулирован следующим образом: может ли соглашение о подсудности, которое согласно

внутреннему праву на момент его заключения (в 1971 г.) считалось ничтожным, рассматриваться в качестве действительного в соответствии со ст. 17 Конвенции, вступившей в силу 1 февраля 1973 г.? Давая на него положительный ответ, Суд ЕС исходил из того, что соглашение о подсудности представляет собой выбор суда, который остается без правовых последствий до возбуждения судебного производства и начинает действовать лишь при предъявлении иска. Следовательно, именно тогда и надлежит определять действительность соглашения на основе действующего в этот момент права <1>.

<1> Решение от 13 ноября 1979 г. по делу N 25-79.

Германские суды также принимают во внимание те условия, которые существуют на момент предъявления иска или при постановлении решения, мотивируя это тем, что международная подсудность дела представляет собой предпосылку разрешения спора по существу <1>.

<1> Geimer R., Schutze R. Op. cit. S. 308, со ссылкой на решение Высшего земельного суда г. Кобленца (ФРГ) // *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1987. S. 144; Высшего земельного суда г. Кельна // *Neue juristische Wochenschrift*, 1988. S. 2182.

Действие абз. 3 ст. 23 Регламента (предл. 3 абз. 1 ст. 17 Конвенций).

Абзац 3 ст. 23 Регламента (предл. 3 абз. 1 ст. 17 Конвенций) предусматривает действие общеевропейских актов в случае, когда соглашение о выборе суда заключается между сторонами, не имеющими место жительства в пределах ЕС. При обращении в суд государства-участника на основании такого соглашения его пророгационный эффект, т.е. допустимость и обоснованность компетенции суда, проверяется по праву места суда. К решению указанных вопросов Регламент и Конвенции могут применяться лишь при условии, если одна из сторон имеет место жительства в государстве-участнике (предл. 1 абз. 1 ст. 23 Регламента; предл. 1 абз. 1 ст. 17 Конвенций). В данном случае это условие не выполнено и действие актов ограничено: они определяют лишь дерогационные последствия соглашения, а именно наделение судов государства-участника компетенцией рассматривать спор между сторонами из третьих стран исключает юрисдикцию судов всех других государств-участников, даже если по их внутреннему праву этот спор им подсуден. Иначе говоря, указанные суды должны отказать в рассмотрении спора по существу, руководствуясь абз. 3 ст. 23 Регламента (предл. 3 абз. 1 ст. 17 Конвенций). Необходимой предпосылкой для этого является соблюдение требований, предъявляемых к форме таких соглашений согласно предл. 3 абз. 1 ст. 23 Регламента (предл. 2 абз. 1 ст. 17 Конвенций) <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 233.

Если выбранный сторонами суд государства-участника установил, что дело ему неподсудно, то предусмотренный Регламентом (Конвенциями) дерогационный эффект соглашения о выборе суда прекращается. С этого момента суды других государств-участников могут это дело принять к своему производству или также заявить о его неподсудности, руководствуясь в том и другом случае своим внутренним правом.

Правовой режим соглашения о выборе суда государства, не входящего в ЕС и не являющегося участником Луганской конвенции.

За пределами действия Регламента (Конвенций) находятся соглашения сторон, в которых они выбирают суд государства, не входящего в ЕС (не являющегося участником Луганской конвенции). Указанные акты не могут запретить выбранному суду признать подсудность дела, если по *lex fori* соглашение является действительным. Неясным остается, в какой мере и в какой форме такие соглашения могут ограничить компетенцию судов государств-участников, которая предусматривается Регламентом или Конвенциями в качестве исключительной или альтернативной. Каких-либо положений, касающихся действия таких соглашений, их текст не содержит. Таким образом, в случаях, когда сторона обращается с иском в суд государства-участника вопреки соглашению о выборе суда третьей страны и ее противник заявляет о неподсудности дела, ссылаясь на это соглашение, то вопрос о подсудности должен решаться по праву суда государства-участника, в том числе с учетом возможного коллизионного регулирования и предусмотренной в нем необходимости обращения к иностранному закону. Если в соответствии с применимым правом соглашение о подсудности будет признано недействительным, подсудность дела, поскольку оно относится к категории гражданских или торговых и обременено иностранным элементом, должна определяться на основе норм Регламента или Конвенций <1>.

<1> Schlosser P. Bericht, 1978. S. 601-174.

Соотношение с другими конвенциями.

Из абз. 1 ст. 71 Регламента (абз. 1 ст. 57 Конвенций) следует, что имеет место приоритет международных договоров, которые устанавливают специальные правила подсудности дел из определенных правоотношений, перед его более общими положениями <1>. Эти специальные правила в большинстве случаев сравнительно кратки, например ст. 31 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов 1956 г. только обозначает право на соглашение о выборе суда и не включает каких-либо предписаний о форме, содержании и прочих требований, которым такое соглашение должно соответствовать. Нередко они ограничивают возможности договорного изменения подсудности, допуская ее лишь после возникновения основания требования (п. 2 ст. 17 Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г.; предл. 1 ст. 32 Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г.).

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-317.

В связи с этим возникает вопрос: в какой мере правомерно применение Регламента (Брюссельской или Луганской конвенций) для восполнения пробелов специального регулирования? Подход к его решению обозначил Суд ЕС. Он рассматривает положения ст. 57 Брюссельской конвенции как исключение из принципа, согласно которому Брюссельская конвенция имеет приоритет перед прочими договорами, заключенными государствами-участниками по вопросам судебной компетенции, а также признанию и исполнению судебных решений. Это исключение направлено на то, чтобы обеспечить соблюдение правил подсудности, содержащихся в специальных договорах, поскольку эти правила установлены с учетом особенностей правовых областей, к которым они относятся. Исходя из этой цели ст. 57 должна пониматься таким образом, что она исключает применение Брюссельской конвенции лишь в отношении вопросов, которые урегулированы специальным договором. За пределами этого регулирования действуют нормы Конвенции. Иное толкование было бы несовместимо с задачей Конвенции укрепить правовую защиту лиц, проживающих в пределах Сообщества <1>. Таким образом, действие специальных конвенций является приоритетным лишь в части прямого регулирования, за его пределами применяются нормы Регламента (Брюссельской или Луганской конвенций).

<1> Решение от 6 декабря 1994 г. по делу Tatra v. Maciej Rataj, 406/92. Par. 24, 25.

В. Гагская конвенция о соглашениях о выборе суда 2005 г.

С учетом перспектив вступления в силу указанной Конвенции целесообразно рассмотреть вопрос о сфере ее действия. Предметная сфера действия определяется по двум критериям: по международному характеру гражданских и торговых дел (ст. 1), по перечню правоотношений, в которых соглашение о выборе суда под действие Конвенции не подпадает (ст. 2).

Конвенция применяется к соглашениям о выборе суда, заключенным по гражданским и торговым делам, если эти дела являются международными. Признаки международного характера дела различны и зависят от того, для каких целей или о какой стадии процесса идет речь. Для целей определения компетенции выбранного суда осуществить разбирательство по спору (на стадии предъявления иска) международными считаются любые дела, за исключением случаев, когда стороны имеют резиденцию (постоянное место пребывания) на территории одного и того же государства - участника Конвенции и все прочие элементы, относящиеся к спору, кроме места нахождения выбранного суда, связаны исключительно с этим государством. На стадии исполнительного производства дело рассматривается в качестве международного, если испрашивается признание и исполнение иностранного судебного решения.

Вопрос о резиденции субъектов, не являющихся физическими лицами, решается с учетом положения о том, что для целей Конвенции такой субъект считается постоянно находящимся на территории государства, в котором расположена его официальная штаб-квартира; по законам которого оно зарегистрировано или образовано; в котором находится его центр управления или его основное место деятельности (п. 2 ст. 4). Текст Конвенции не содержит указаний относительно признаков постоянного места нахождения физических лиц. Это место как вопрос факта должно определяться судом. Должен ли суд при юридической оценке соответствующих обстоятельств (позволяют ли они в своей совокупности сделать вывод о наличии постоянного места пребывания) ориентироваться исключительно на собственную правовую систему либо применять право того государства, на территории которого лицо предположительно имеет постоянное место пребывания, или руководствоваться принципом автономного толкования, т.е. исходить из правовой системы самой Конвенции? Прямого ответа на эти вопросы Конвенция не дает. В качестве наиболее приемлемого можно было бы рассматривать второй вариант и применять право государства, на территории которого гражданин предположительно имеет постоянное место пребывания.

Таким образом, из-под действия Конвенции выведены дела сугубо внутренние, а именно те, в которых место нахождения сторон и все прочие элементы их спорных отношений связаны исключительно с территорией одного и того же государства. Напротив, Конвенция применима, если в деле имеется какая-либо связь с иностранным государством. В формулировке ст. 1 Конвенции усматривается принцип минимальных контактов. Для признания международного характера дела достаточно одного из двух признаков. Во-первых, отсутствие у сторон общей резиденции, т.е. постоянного места пребывания на территории одного и того же государства. Во-вторых, отсутствие в деле какой-либо связи с иностранным государством. Если эти признаки обозначить в позитивной форме, то в качестве международных могут рассматриваться, например, дела с участием сторон, проживающих в различных государствах; споры, доказательственная база которых находится за границей, либо которые должны разрешаться с применением иностранного права, либо которые возникли из действий, совершенных на иностранной территории; споры по поводу находящегося за рубежом имущества или из договоров, исполнение которых хотя бы частично должно осуществляться за пределами государства.

Возможна ситуация, когда одна из сторон имеет резиденцию в двух или более государствах, причем одна из них находится на территории того же государства, в котором пребывает другая сторона. Если все прочие элементы спорных отношений сторон также связаны только с этим государством, можно ли считать этот спор международным? При буквальном толковании текста Конвенции следует дать отрицательный ответ. Однако широкое толкование международного характера дела, основанное на том факте, что одна из резиденций стороны находится за границей, соответствует идее свободы выбора места судебного разбирательства и не ведет к чрезмерному расширению сферы действия Конвенции, поскольку ее применимость в достаточной мере ограничивается рядом других критериев. Поэтому на поставленный вопрос можно дать положительный ответ.

В ст. 1 предусматривается, что Конвенция распространяется на гражданские и торговые дела. Содержание понятия гражданских и торговых дел в Конвенции не раскрывается. В данном случае, по всей видимости, учитывался опыт работы над Брюссельской конвенцией. Ее создатели сознательно не стали уточнять, что следует понимать под термином "гражданские и торговые дела", но указали дела, на которые данная Конвенция не распространяется <1>.

<1> Jenard P. Bericht zu dem Ubereinkommen uber die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen // Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen / Bulow A., Bockstiegel K.-H., Geimer R., Schutze R. Band I. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1998. S. 601-11; Kropholler J. Op. cit. S. 56.

В Гаагской конвенции 2005 г. использован аналогичный подход. Статья 2 дает перечень соглашений о подсудности, к которым данная Конвенция не применяется. В частности, она не распространяется на соглашения о подсудности, в которых стороной является физическое лицо, действующее преимущественно в личных, семейных или связанных с ведением домашнего хозяйства целях, т.е. как потребитель; на соглашения, которые касаются трудовых отношений, включая коллективные договоры. Кроме того, дается обширный перечень дел, относительно которых эта Конвенция не действует. Перечень сопровождается оговоркой, допускающей применение Конвенции, если обозначенное в этом перечне дело затрагивается в судебном производстве в качестве лишь предварительного (preliminary) вопроса и не является его предметом. В частности, само по себе то обстоятельство, что дело, включенное в перечень, используется как мера защиты ответчика, не исключает производство из сферы действия Конвенции, если это дело не является предметом производства (п. 3 ст. 2). Кроме того, соглашения о выборе суда в договорах страхования и перестрахования подпадают под действие Конвенции и в тех случаях, когда эти договоры касаются дел, к которым Конвенция не применяется (ст. 17).

Конвенция не применяется в делах, предметом которых являются статус и правовая способность физического лица. В официальном тексте на английском языке используется термин "legal capacity", который вряд ли следует толковать только как правоспособность. Речь идет о любых общих юридических свойствах гражданина, т.е. не только о правоспособности, но и о дееспособности. Для сравнения заметим, что в текстах Регламента, Брюссельской и Луганской конвенциях выражение "legal capacity", использованное в аналогичном контексте, на немецкий язык переведено как "die Rechts- und Handlungsfähigkeit", т.е. "право- и дееспособность".

Далее, Конвенция не применяется в делах об алиментных обязательствах и других семейных делах, включая дела о режиме собственности супругов и прочих правах и обязанностях, возникающих из брака и аналогичных отношений. Из сферы ее действия изъяты отношения, предметом которых являются завещание и наследование; несостоятельность, примирительные процедуры и тому подобные вопросы; перевозка пассажиров и грузов; загрязнение моря, ограничение ответственности по морским требованиям, общая авария, аварийная буксировка и

спасение; антимонопольные вопросы (конкуренция); ответственность за ядерный ущерб; иски из причинения вреда здоровью, предъявленные физическими лицами или от их имени; иски из причинения вреда материальному имуществу, не основанные на договорных отношениях; вещные права на недвижимое имущество и аренду недвижимого имущества; действительность, недействительность или ликвидация юридических лиц и действительность решений их органов; действительность прав интеллектуальной собственности, кроме авторского права и смежных с ним прав; нарушение прав интеллектуальной собственности, за исключением авторских и смежных прав. По последней категории дел применение Конвенции допускается, если производство о нарушении прав интеллектуальной собственности возбуждено в связи с нарушением договора между сторонами в отношении этих прав или могло быть возбуждено за нарушение такого договора. Наконец, имеется оговорка о неприменимости Конвенции к делам о недействительности записей в государственном реестре, а также к арбитражу и связанным с ним разбирательствам.

Действие Конвенции во времени определяется следующим образом. Она применяется к соглашениям о выборе суда, заключенным после ее вступления в силу в государстве выбранного суда, и не применяется к разбирательству, возбужденному до ее вступления в силу в государстве суда, рассматривающего дело.

Следует подчеркнуть, что положения ст. 2 не предрешают действительность соглашений о выборе суда, которые в принципе могут быть заключены относительно перечисленных в ней дел. Речь идет лишь об ограничении сферы применения Конвенции.

2.2. Действие норм внутреннего права

А. Соотношение с нормами международного права.

Приоритет норм международного права не исключает возможности обращения к положениям внутреннего права. Международный договор нередко ограничивается установлением относительно общих предписаний, которые применяются в рамках правовой системы определенного государства с использованием действующих в ней конкретизирующих правил. Например, согласно Кишиневской конвенции о правовой помощи компетенция суда может основываться на письменном соглашении сторон о передаче спора этому суду, достигнутом до рассмотрения дела по существу (п. 1 ст. 23). Конвенция не устанавливает признаков письменного соглашения, условий его заключения (в частности, вправе ли его заключить представитель стороны, имеющий общую доверенность на ведение дел, или только представитель, право которого на заключение соглашения о подсудности прямо оговорено); не определяет она и момент, когда дело считается рассмотренным по существу. Все эти и прочие вопросы, которые могут возникнуть, но прямо Конвенцией не урегулированы, должны разрешаться на основе норм внутреннего права.

Б. Соотношение норм материального и процессуального права. Правовая природа соглашения о подсудности. Применимость норм иностранного права.

Применение норм внутреннего права обременено проблемой выбора между нормами процессуального и материального права, причем не только права государства места суда, но и зарубежного права, поскольку обстоятельства, связанные с заключением и осуществлением соглашения о международной подсудности, нередко тождественны коллизионным привязкам, отсылающим к иностранному закону. Исследуем систему норм внутреннего права, регулирующих соглашения о международной подсудности, и решение указанной проблемы на примере в основном российской правовой системы.

Процессуальные кодексы Российской Федерации относительно соглашений о подсудности вообще и международной подсудности в особенности устанавливают сравнительно краткие и немногочисленные правила, ограничиваясь в основном признанием их допустимости, установлением специальных условий действительности и обязательности письменной формы (ч. 2 ст. 249 АПК РФ), а также процессуальных последствий их заключения. Сделки и договорные отношения гораздо более подробно регулируются нормами гражданского права. Возникает проблема конкуренции процессуального законодательства и гражданского права. Допустимо ли, а если да, то в какой мере применение норм материального права для регулирования соглашений о международной подсудности?

В доктрине решение этого вопроса, как правило, опосредуется выяснением правовой природы договора. Отраслевая принадлежность договора предопределяет выбор между нормами материального и процессуального права. Так, если отнести соглашение о подсудности к институту процессуального права, в частности, рассматривая его как результат двусторонних процессуальных действий, то это приведет к невозможности его оспорить на том основании, что оно совершено с пороком воли: под влиянием обмана, насилия, угрозы или заблуждения, поскольку для процессуальных правовых отношений характерен принцип неизменности правовых действий (см. подп. "а" п. 3.1 ч. 3 настоящей главы). Процессуальные нормы крайне редко разрешают стороне оспорить процессуальное действие ссылкой на порок воли. Например,

согласно ГПУ Германии сторона, заявившая о признании факта, может отказаться от признания, если докажет, что признание не соответствует действительности или является результатом заблуждения (§ 290) <1>. Аналогичное по сути положение содержится в ч. 4 ст. 70 АПК РФ.

<1> Германский законодатель в данном случае явно отдает предпочтение принципу объективной истины: правовые последствия связываются правовой нормой с реальными фактами и стороны в принципе не могут ими распорядиться.

Если соглашение о подсудности квалифицируется как материально-правовой договор, то открывается возможность применения норм материального права, регулирующего договорные отношения, в том числе предписаний, позволяющих оспорить сделку, совершенную лицом, не способным понимать значение своих действий, либо под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы (ст. ст. 177 - 179 ГК РФ).

Отраслевая принадлежность соглашений о международной подсудности, кроме того, предопределяет допустимость обращения к иностранному закону для их регулирования. Необходимость такого обращения обуславливается тем, что обстоятельства, связанные с договоренностью о выборе суда, нередко тождественны коллизионным привязкам, отсылающим к нормам иностранного права. Например, если стороной соглашения является иностранное лицо, то его личный закон определяется по праву государства, гражданином которого он является (п. 1 ст. 1195 ГК РФ), а в случае заключения соглашения на территории иностранного государства требования, предъявляемые к его форме, определяются правом этого государства (предл. 1 п. 1 ст. 1209 ГК РФ). Применимость иностранного права к соглашению о подсудности исключается, если оно рассматривается в качестве процессуального института, поскольку процессуальные отношения регулируются законом места суда.

Правовая природа соглашения о подсудности не определяется однозначно. В доктрине на этот счет высказываются различные точки зрения. Одни авторы склонны усматривать в данном соглашении материально-правовую категорию, поскольку его основные элементы, за исключением допустимости и последствий, регулируются материальным правом. Другие, исходя из того, что основная его цель или предмет регулирования находится в сфере судебной процедуры, видят в нем институт процессуального права. Третьи называют соглашение о подсудности договором *sui generis* <1>.

<1> Грель Я.В. Соглашение о подсудности в гражданском процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 8 // СПС "КонсультантПлюс"; Baumgartel G. Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess. Berlin; Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen, 1957. S. 218 - 219; Rosenberg L. Zivilprozessrecht / Begr. von Leo Rosenberg, fortgef. von Karl Heinz Schwab, nunmehr bearb. von Peter Gottwald. 16. Munchen: Aufl. Beck, 2003. S. 216 - 217; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht / Herausgeber H. Honsell, Vogt N.P., Schnyder A.K. Basel: Hebing & Lichterhahn Verlag, 1996. Art. 5. Rz. 62.

Материально-правовая квалификация соглашения о подсудности следует, например, из концепции М.И. Брагинского и В.В. Витрянского. В своем известном фундаментальном многотомном труде по договорному праву они исследуют проблему правовой природы договоров, заключаемых за пределами отношений, регулируемых ГК РФ, в частности договоров пользования водным объектом (ст. 55 Водного кодекса РФ от 16 ноября 1995 г.), договора аренды участка лесного фонда (ст. 31 Лесного кодекса РФ от 29 января 1997 г. <1>), брачного договора (ст. 40 Семейного кодекса РФ от 29 декабря 1995 г.), трудового контракта. Как полагают авторы, решающим моментом для квалификации договора является равноправие сторон - свойство, типичное для гражданских отношений (в отличие от отношений административных), и так как договор (соглашение) может существовать только между субъектами, которые в данном конкретном случае занимают равное положение, то все указанные договоры по своему характеру являются обычными гражданско-правовыми договорами <2>. К ним применимы общие нормы гражданского права, если иное не содержится в посвященных таким договорам законодательных актах (в Водном, Лесном или других кодексах). При этом такие нормы имеют несомненный приоритет. И этот приоритет объясняется не иноотраслевым характером указанных норм, а тем, что они являются хотя и гражданско-правовыми, но специальными <3>.

<1> Указанная статья утратила силу согласно Федеральному закону от 4 декабря 2006 г. N 201-ФЗ.

<2> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. Кн. 1. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001 // СПС "КонсультантПлюс".

<3> Там же.

В германской доктрине высказывается мнение о существовании общего договорного права, которое хотя и воплощено в нормах Гражданского кодекса, однако как совокупность общих правовых идей действует во всех отраслях права, поскольку в них допускается договорное регулирование отношений. Применению норм гражданского права к соглашениям о подсудности не препятствует то обстоятельство, что эти соглашения считаются процессуальными договорами, поскольку договорный статус сам по себе открывает возможность для обращения к универсальным идеям договорного права. Отмечается также, что применимость норм гражданского права не разрешает всех проблем регулирования процессуальных договоров. Напротив, она порождает коллизию между материальными нормами и процессуальными правилами принципиального значения, определяющими порядок совершения процессуальных действий, и специального характера, касающимися процессуальных договоров <1>.

<1> Wagner G. Prozessverträge. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. S. 280.

В одном из наиболее авторитетных трудов по гражданскому процессу Германии, написанном профессором Л. Розенбергом, по поводу правовой природы соглашения о подсудности и принципиального подхода к разрешению коллизий между процессуальными и материальными нормами приводятся следующие рассуждения. Соглашение о подсудности является процессуальным договором, так как его непосредственное действие находится в процессуальной области, - оно обосновывает компетенцию суда, который в силу правовых норм такой компетенцией не обладает. Соответственно процессуальное право определяет допустимость и действие этого соглашения. В то же время процессуальный закон не регулирует условия и порядок заключения договора, за исключением установления требований, касающихся его формы. Согласно германской судебной практике полномочие на заключение материально-правового договора включает и право на заключение соглашения о подсудности. Применение насилия одной из сторон договора при его заключении ведет к недействительности договора на основании § 138 Гражданского уложения Германии (далее - ГГУ). Соглашение о подсудности может быть оспорено в соответствии с положениями ГГУ, но до того момента, когда ответчик примет участие в рассмотрении дела по существу <1>.

<1> Rosenberg L. Op. cit. S. 216 - 217.

Аналогичные по своей сути суждения высказываются и в отечественной доктрине. В частности, Я.В. Грель, опираясь на исследования германских правоведов, полагает, что последствия соглашения о подсудности связаны с областью процессуального права и поэтому они именуется процессуальными договорами. В то же время основание для заключения процессуальных договоров исходит из автономии сторон. Следовательно, нельзя исключать влияние материального права. Соглашение о подсудности подчиняется двойному правовому режиму: заключение соглашения регулируется нормами материального права, а его порядок, в частности условия допустимости действия, определяется согласно процессуальному праву <1>.

<1> Грель Я.В. Указ. соч. // СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, правовая природа договора в целом определяет лишь его общий юридический статус и имеет скорее теоретическое, нежели практическое значение. Далеко не всегда умозрительная оценка правовой природы соглашения в целом позволяет получить адекватные ответы на вопросы, возникающие в судебной практике, по поводу тех или иных его аспектов. В проблемных ситуациях необходимо проводить сравнительный анализ конкретных конкурирующих предписаний (например, касающихся формы соглашения, порядка его заключения и толкования) и отыскивать такое решение коллизии, которое следует из сути регулируемых отношений и в максимальной степени соответствует целям правосудия.

Представляется обоснованным решать вопрос о праве, применимом к соглашению о подсудности, дифференцированно в зависимости от того, о каком его аспекте идет речь, в какой мере он урегулирован специальными нормами процессуального права, применение какой системы правовых норм в наибольшей степени соответствует основной цели правосудия - достижению справедливого решения с наименьшими затратами.

В. Действие специальных норм о международной подсудности.

Помимо коллизии между материальным и процессуальным правом возможна коллизия между процессуальными нормами, свойственная тем правовым системам, в которых соглашение об изменении внутренней подсудности и соглашение о международной подсудности подчинены различным правилам. Например, в Италии соглашение об изменении территориальной подсудности регулируется ст. ст. 28 - 29 ГПК, а соглашение об изменении итальянской юрисдикции

(международной подсудности) - ст. 4 МЧП Италии; в Швейцарии аналогичные нормы содержатся соответственно в Федеральном законе о подсудности (ст. 9) и МЧП Швейцарии (ст. 5).

Аналогичная картина наблюдается в российском законодательстве. Статья 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ применимы к соглашениям, изменяющим территориальную подсудность, ст. 404 ГПК РФ, ч. 3 ст. 247 и ст. 249 АПК РФ - к соглашениям о международной подсудности. Это разграничение в действии указанных норм следует из их систематического толкования. Статья 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ расположены среди норм, регулирующих территориальную подсудность. Кроме того, в них имеется прямое указание на возможность изменения посредством соглашения именно территориальной подсудности. Другая группа статей находится в разделах, которые касаются определения компетенции судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц, т.е. международной юрисдикции.

Существование обособленного регулирования соглашений о международной подсудности ведет к проблеме квалификации договоренности сторон о выборе суда. Предположим, между сторонами, одна из которых с точки зрения российского права является иностранным лицом, имеется соглашение, согласно которому их возможные споры из договора, заключенного и исполняемого на территории Российской Федерации, должны разрешаться в арбитражном суде г. Москвы. Является ли такая оговорка соглашением о международной подсудности или об изменении территориальной подсудности? Подчиняется ли она ст. 249 или ст. 37 АПК РФ, допустимо ли кумулятивное применение этих норм? Практическое значение этих вопросов обнаруживается, в частности, при определении последствий соглашения. Соглашение о международной подсудности, которым обосновывается компетенция арбитражного суда в Российской Федерации, ведет к установлению исключительной компетенции арбитражного суда в Российской Федерации. Следовательно, если сторона в нарушение такого соглашения обратится с иском в иностранный суд и получит там положительное для себя решение, которое она попытается исполнить на территории Российской Федерации, то арбитражный суд должен будет в признании и приведении в исполнение этого решения отказать по основанию, предусмотренному п. 3 ч. 1 ст. 244 АПК РФ.

Один из вариантов решения поставленных вопросов следует из буквального толкования закона и текста соглашения о подсудности. Если в соглашении с участием иностранного лица используется формулировка "арбитражный суд в Российской Федерации", которая совпадает с формулировкой ч. 1 ст. 249 АПК РФ, или стороны прямо указывают, что они договариваются о международной подсудности спора, то соглашение относится к категории международных и к нему должны применяться нормы ст. 247 и сл. АПК РФ. Указание на конкретный арбитражный суд, в особенности если иностранное лицо постоянно находится на территории Российской Федерации, дает повод для вывода о том, что своим соглашением стороны изменили лишь внутреннюю территориальную, но не международную подсудность дела.

Подобный подход вряд ли можно считать правильным. Если соглашение о подсудности оценивать как инструмент, благодаря которому стороны устраняют неопределенность относительно места судебного разбирательства, то можно исходить из предположения, что договоренность сторон о компетенции конкретного суда имеет трансграничное действие и за таким соглашением признать двойную функцию: указание на конкретный суд означает определение не только внутренней территориальной подсудности, но и международной подсудности дела <1>. В части выбора одного из арбитражных судов Российской Федерации оно подчиняется ст. 37 АПК РФ, а его трансграничное действие, в том числе обоснование исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации, устанавливается ст. 249 АПК РФ. Таким образом, если, например, стороны, одна из которых является иностранцем, договорились о подчинении их спора арбитражному суду г. Москвы, то это следует рассматривать как соглашение о территориальной (внутренней) и международной подсудности, подпадающее под действие ст. ст. 37 и 249 АПК РФ. Можно утверждать, что соглашение между российскими лицами об изменении территориальной подсудности дела имеет также трансграничное действие. Конечно, в силу принципа свободы договора стороны могут ограничить действие соглашения о выборе суда лишь сферой внутренней территориальной подсудности либо, напротив, договориться не более чем о компетенции судов определенного государства. Однако подобного рода ограничения должны быть прямо выражены. При отсутствии прямых ограничительных оговорок за соглашением о подсудности должна признаваться двойная функция.

<1> Geimer R. Op. cit. S. 517.

Нельзя не оставить без внимания то обстоятельство, что в российском праве законодательное регулирование соглашений о международной подсудности (ст. 404 ГПК РФ, ч. 3 ст. 247 и ст. 249 АПК РФ) ограничено отношениями с участием иностранных лиц. В данном контексте под иностранными лицами понимаются иностранные граждане, лица без гражданства,

иностранные организации и международные организации (ч. 1 ст. 398 ГПК РФ, ч. 1 ст. 247 АПК РФ).

Процессуальное законодательство не дает определения признаков иностранного лица и лица без гражданства. Ориентиром могут служить положения Федерального закона от 31 мая 2002 г. "О гражданстве Российской Федерации". Иностранцем гражданином в смысле указанного Закона является лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства; лицо без гражданства - лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства. Признаки иностранной организации можно вывести из ст. ст. 1202 - 1203 ГК РФ: иностранной является организация, если она учреждена за границей. В какой мере допустимо использование указанных определений для решения процессуальных вопросов?

Очевидно, что российские организации и граждане, даже если они осуществляют свою деятельность в иностранном государстве, в том или ином виде присутствуют, постоянно либо временно проживают за пределами Российской Федерации, к этому кругу лиц не относятся. По этой причине соглашения о подсудности, заключенные между российскими субъектами права о подчинении их спора юрисдикции иностранного суда, выходят из сферы действия ст. 404 ГПК РФ, ч. 3 ст. 247 и ст. 249 АПК РФ. К ним не могут применяться также ст. 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ, поскольку предметом их регулирования являются соглашения о территориальной (внутренней) подсудности. Означает ли это, что с точки зрения российского права соглашения о международной подсудности между россиянами недопустимы? Положительный ответ в сущности означал бы, что спор между российскими субъектами права находится в исключительной компетенции судов в Российской Федерации и поэтому российский суд может, например, принять к производству дело вопреки имеющейся между спорящими сторонами договоренности о подчинении его исключительной компетенции иностранного суда либо отказать в признании и исполнении решения иностранного суда, юрисдикция которого основывалась на соглашении граждан или организаций Российской Федерации.

Подобную трактовку процессуальных кодексов едва ли можно считать правильной. Она противоречит современным подходам к регулированию международной подсудности. В международных соглашениях и внутреннем законодательстве зарубежных стран при определении судебной компетенции, как правило, решающее значение придается не государственной принадлежности сторон, а месту постоянного или преимущественного пребывания ответчика, месту осуществления деятельности, из которой возник спор, либо месту исполнения договора. Для сравнения заметим, что в упомянутом Законе "Реформа итальянской системы международного частного права" итальянская юрисдикция обосновывается местом жительства или местом постоянного пребывания ответчика (ст. 3), а при регулировании соглашения об изменении этой юрисдикции ни указанные привязки, ни гражданство сторон не используются и юридического значения не имеют (ст. 4). В соответствии с МЧП Швейцарии применимость правил, регулирующих соглашение о международной подсудности, от гражданства сторон, их места жительства или места пребывания также не зависит (ст. 5).

Кроме того, нарушается принцип равенства, поскольку без достаточных на то оснований ограничивается право сторон на выбор места суда в зависимости от их гражданства. Отношения между российскими субъектами права могут касаться находящегося за границей имущества, договорных обязательств, исполняемых за пределами Российской Федерации, ответственности за деликты, совершенные на территории иностранных государств; они могут быть подчинены иностранному закону в силу либо коллизионных норм, либо соглашения сторон (ст. 1210 ГК РФ). В этой связи договорная международная подсудность нередко оказывается важной гарантией правильного и наиболее экономичного разрешения спора, является своего рода процессуальным обеспечением коллизионного регулирования, в том числе свободы сторон в выборе права, применимого к их отношениям. Таким образом, соглашения о международной подсудности между российскими гражданами и организациями объективно необходимы и с точки зрения действующего законодательства допустимы.

Чем должны регулироваться такие соглашения в рамках этого законодательства? Один из возможных вариантов - применение закона по аналогии. Для судов общей юрисдикции особых затруднений с использованием данного варианта не возникает, поскольку в ГПК РФ для него имеется правовая база (ч. 4 ст. 1). Таким образом, соглашения должны подчиняться ст. 404 ГПК РФ.

Более сложным является положение арбитражных судов. Согласно АПК РФ 2002 г. арбитражные суды вправе обращаться к аналогии закона и аналогии права для разрешения спора по существу (ч. 6 ст. 13), что же касается вопросов судопроизводства, то их решение возможно только на основании законодательных актов, перечисленных в ст. 3. В указанной статье не предусматривается восполнение пробелов законодательного регулирования посредством той или иной аналогии, но вместе с тем нет и прямого запрета, что дает повод для высказывания противоположных точек зрения <1>. Не вдаваясь в их анализ, согласимся с мнением, согласно

которому осуществление правосудия без применения процессуальной аналогии вряд ли возможно и для ее использования в арбитражном процессе необходимо либо дополнение ст. 3 АПК РФ положением, подобным ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, либо соответствующее разъяснение Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ <2>. Заметим также, что пробел в регулировании соглашения о международной подсудности, заключенного между российскими гражданами или организациями, является одним из примеров, очевидно, свидетельствующим в пользу процессуальной аналогии.

<1> Например, исключает возможность аналогии в арбитражном процессуальном праве В.М. Жуйков (Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006 // СПС "КонсультантПлюс". Противоположное мнение излагает Э.М. Мурадян (Мурадян Э.М. Арбитражный процесс: Учеб.-практ. пособие. М., 2004. С. 145 (цит. по: Улетова Г.Д. К вопросу о применении аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 4)).

<2> См.: Улетова Г.Д. Указ. соч. // СПС "КонсультантПлюс".

Однако для адекватного решения проблемы необходимы соответствующие законодательные изменения. Формулировка ст. 404 ГПК РФ и ст. 249 АПК РФ, вследствие которой действие правил о договорной международной подсудности распространяется только на соглашения с участием иностранных лиц, требует корректировки. Части первые указанных статей могли бы быть изложены следующим образом:

- по делу, осложненному иностранным элементом, стороны вправе договориться об изменении подсудности дела (пророгационное соглашение) до принятия его судом к своему производству (ст. 404 ГПК РФ);

- в случае если стороны правоотношения, осложненного иностранным элементом, заключили соглашение, в котором определили... (ст. 249 АПК РФ).

Выражение "правоотношение, осложненное иностранным элементом" встречается в ГК РФ в контексте регулирования правовых коллизий в сфере материальных правоотношений (п. 1 ст. 1186). Здесь термин "иностранное лицо" охватывает разнообразные обстоятельства правоотношения, которые могут оказаться решающими для обращения к иностранному праву. Использование его в указанных статьях процессуальных кодексов согласовывает процессуальное законодательство с материальным и позволяет распространить действие правил о международной договорной подсудности на все дела, в которых присутствуют те или иные варианты иностранного элемента, дающие сторонам (независимо от их государственной принадлежности) повод для трансграничного выбора места суда.

3. Условия действительности соглашения о международной подсудности

Соглашение о международной подсудности в своей сущности является договором сторон и в силу этого в качестве основных условий своей действительности предполагает наличие у сторон надлежащей способности, соблюдение срока, допустимость предмета соглашения, определенность соглашения, взаимное согласие сторон, соответствие формы соглашения требованиям закона. Трактовка данных условий имеет значительные особенности, обусловленные спецификой предмета и сферой действия соглашения о международной подсудности.

3.1. Способности сторон заключать соглашение о международной подсудности

А. Общая способность.

Кто в принципе может заключить соглашение о подсудности? Согласно российским процессуальным кодексам этим правом обладают стороны (ч. 1 ст. 404 ГПК РФ; ч. 1 ст. 249 АПК РФ). Сторонами в смысле указанных актов являются истец и ответчик (ч. 1 ст. 38 ГПК РФ; ч. 1 ст. 44 АПК РФ). Поскольку об истце и ответчике речь может идти не ранее чем с момента составления искового заявления, а формальный статус истца или ответчика приобретает при обращении с иском в суд, и процессуальное законодательство допускает заключение соглашения о подсудности до возникновения спора, то очевидно, что термин "стороны" в этом контексте должен иметь иное содержание и объем. В противном случае соглашение становится доступным только в случае, если спор уже возник и в нем определились стороны (истец и ответчик) предполагаемого судебного производства, например на стадии рассмотрения претензии, что противоречит ч. 1 ст. 249 АПК РФ, которая допускает договоренность о выборе суда относительно могущего возникнуть спора.

Ситуации, когда соглашение включается в текст договора в виде оговорки о подсудности, дают повод для отождествления понятия "стороны" в смысле ст. 404 ГПК РФ, ч. 3 ст. 247 и ст. 249

АПК РФ с понятием "стороны договора". В особенности если такого рода оговорки относят к формам защиты права, к ее юрисдикционной разновидности и признают за ней материально-правовой характер <1>. Тем самым способность лица заключить договор с оговоркой о подсудности подчиняется материальному праву. Она определяется материальной правоспособностью и дееспособностью этого лица, а в соответствующих случаях также доверенностью на совершение сделок.

<1> См.: Рожкова М.А. Материальные и процессуальные соглашения, поименованные в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. 2004. N 1 // СПС "КонсультантПлюс".

Данный вывод не бесспорен. Возникает вопрос, почему способность субъекта к совершению сделки, предметом которой являются процессуальные отношения, должна определяться по материальному праву? Понятно, что сам по себе факт присутствия в тексте материального договора соглашения о выборе суда меняет правовую природу последнего, не лишает его автономности и не может служить аргументом в решении поставленного вопроса. Обращение к материальному праву было бы оправданно, если бы в процессуальном законодательстве отсутствовали положения, определяющие статус субъектов судопроизводства. Но такие положения имеются, и содержание их отличается от аналогичных предписаний материального права. Если исходить из идеи универсального договорного права, общие положения которого сформулированы в гражданском кодексе, то устанавливаемые процессуальным законодательством специальные правила относительно того же предмета регулирования должны иметь приоритет. Необходимо подчеркнуть, что правильное применение принципа *lex specialis derogat lex generalis* предполагает анализ процессуальных норм с целью выяснения предмета и цели регулирования, поскольку от его результата зависит, будет ли применяться материальное или процессуальное право.

Итак, материальное (гражданское) и процессуальное право содержит положения, касающиеся способности лица к совершению правовых действий (сделок или процессуальных действий), в том числе к заключению договора. Главные из них обозначаются схожими терминами: "правоспособность" и "дееспособность", "процессуальная правоспособность" и "процессуальная дееспособность", имеющими, однако, различное содержание. Различие не сводится только к тому, что, например, гражданская правоспособность состоит в способности иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, а процессуальная правоспособность - это способность иметь процессуальные права и нести процессуальные обязанности.

Различным образом определяется круг лиц, которые обладают соответствующей способностью, да и объем самой способности определяется по-разному. Так, процессуальная правоспособность по российскому праву признается в равной мере за всеми гражданами и организациями, обладающими, согласно законодательству Российской Федерации, правом на судебную защиту прав, свобод и законных интересов (ст. 36 ГПК РФ). Этой способностью обладает, например, общество защиты прав потребителей, которое может обратиться в суд с заявлением в защиту прав потребителей, в том числе в случае, когда оно не имеет материальной правоспособности (абз. 8 п. 2 ст. 45 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. N 2300-1 "О защите прав потребителей"), поскольку оно хотя и было создано, но не зарегистрировано (абз. 4 ст. 18 Федерального закона от 19 мая 1995 г. N 82-ФЗ).

Далее, гражданскому праву известна ограниченная дееспособность. В процессуальном праве аналогичной категории нет. В соответствии с ч. 3 ст. 37 ГПК РФ права, свободы и законные интересы граждан, ограниченных в дееспособности, защищают их законные представители. Еще один аспект различий связан с представительством. Согласно российскому процессуальному законодательству право представителя подписывать исковое заявление, передавать спор на разрешение третейского суда, отказываться от иска, признавать иск, совершать другие распорядительные процессуальные действия должно быть специально оговорено (ст. 54 ГПК РФ; ч. 2 ст. 62 АПК РФ). Материальное право подобных требований не устанавливает (ст. 182 и сл. ГК РФ).

В германском судопроизводстве действует принцип обязательности адвокатского представительства, - от имени стороны, в том числе дееспособной, процесс должен вести адвокат, ее собственные процессуальные действия юридического значения не имеют (§ 78 ГПУ Германии), в то время как право на совершение любых гражданских сделок является атрибутом гражданской дееспособности. В этой связи в германской правовой системе выделяется еще одно свойство субъекта судопроизводства - способность совершать процессуальные действия или право личного ходатайства в суд (*jus postulandi*) <1>.

<1> Этот второй термин использовал Е.В. Васьковский (см.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. Т. 1. М.: Изд. бр. Башмаковых, 1913. С. 583).

Если необходимо выяснить, может ли лицо заключить процессуальный договор, какими правилами следует руководствоваться? Например, следует ли заключать договор о подсудности с ограниченно дееспособным лицом с согласия его попечителя (абз. 3 п. 1 ст. 30 ГК РФ) или такое соглашение необходимо заключать с попечителем (ч. 3 ст. 37 ГПК РФ)? Если соглашение подчинено праву государства, в котором действует принцип адвокатской монополии, обязательно ли привлечение адвоката к его подписанию?

Относительно процессуальных договоров в целом решение вопроса часто дифференцируется в зависимости от того, идет ли речь о соглашении, заключенном до возбуждения производства, или о соглашении в ходе процесса, о соглашении, заключенном в зале судебного заседания, или о соглашении вне судебного заседания <1>. В германской доктрине практически все авторы полагают, что заключение договора после возбуждения производства в судебном заседании должно подчиняться нормам процессуального права, в том числе принципу обязательности адвокатского представительства, т.е. такой договор должен подписываться адвокатами сторон. Различные точки зрения высказываются относительно договоров, которые заключаются хотя и после возбуждения производства, но вне судебного заседания. По мнению одних, в подобных случаях надлежит руководствоваться материальным правом, другие допускают свободу выбора: договор действителен, если он отвечает требованиям либо материального, либо процессуального права <2>. Согласно третьей позиции материальная дееспособность сторон является достаточным условием действительности процессуального договора, однако в случае ограниченной дееспособности действуют нормы процессуального права <3>, т.е. ограниченно дееспособный не может подписывать процессуальный договор даже с согласия попечителя.

<1> Greger R. in: Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einfuhrungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen / Begr. von Richard Zoller, bearb. von Geimer R., Greger R. u.a. 25. Aufl. Koln: O. Schmidt, 2005. S. 568.

<2> Greger R. Op. cit.; Luke G. in: Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen / Hrsg. von Luke G., Wachs P. 2. Aufl. Munchen: Beck, Bd. 1, 2000. S. 57; Wagner G. Op. cit. S. 284 - 285.

<3> Rosenberg L. Op. cit. S. 422.

Дифференцированный подход к определению способностей заключать процессуальный договор можно объяснить особенностями процессуальных отношений как взаимосвязанных действий, направленных на осуществление производства по разрешению правового спора. Экономичное судопроизводство, осуществляемое в разумный срок, основывается на принципе неизменности и неоспоримости процессуальных действий.

Принцип неизменности процессуальных действий обусловлен динамикой судопроизводства, осуществляемого в виде цепочки взаимосвязанных процессуальных актов. Чрезмерная свобода их ретроспективных изменений может свести на нет достигнутый процессуальный результат, привести к задержке производства, вступить в противоречие с интересами противной стороны и суда. Принцип означает, что совершенное процессуальное действие является окончательным, становится юридическим фактом, на основе которого суд и прочие участники процесса могут предпринимать ответные акты, а после того, как эти акты предприняты, сторона, от которой исходило процессуальное действие, не может его отзывать, изменять или оспаривать. Эти запреты не являются абсолютными. Отступления от них допускаются, но лишь в случаях и порядке, предусмотренных правилами судопроизводства. Среди основных задач, которые учитываются в соответствующем регулировании, защита интересов противной стороны и обеспечение экономичности производства. Этим объясняется общее положение, согласно которому изменение допустимо, если с ним согласен противник или оно разрешено судом.

Принцип неизменности процессуальных действий, проявляющийся в невозможности оспорить процессуальное действие на том основании, что оно совершено с пороком воли (под влиянием обмана, насилия, угрозы или заблуждения), оправдывается особыми гарантиями, направленными на обеспечение осознанности совершаемого процессуального действия, точности, адекватности и свободы выражения воли действующего субъекта. В частности, к такого рода гарантиям можно отнести положение об обязанности суда давать сторонам разъяснения их процессуальных прав и обязанностей (п. 1 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ; п. 1 ч. 1 ст. 135 АПК РФ); положение ч. 3 ст. 37 ГПК РФ, требующее, чтобы интересы граждан, ограниченных в дееспособности, защищали их законные представители; положение § 78 ГПУ Германии, устанавливающее обязательность ведения процесса через адвоката; используемые в английском судопроизводстве разнообразные официальные формы судебных документов с детализированными разъяснениями порядка их заполнения и последствий процессуальных действий, которые совершаются посредством представления этих документов.

Таким образом, процессуальные договоры, заключаемые вне судебного процесса за пределами такого рода гарантий в соответствии с нормами материального права, в части регулирования общей способности лица к его заключению подчиняются материальному праву, а процессуальные договоры, которые стороны заключают в ходе процесса, подпадают под действие процессуальных правил. Поскольку соглашения о международной подсудности дела допускаются до принятия его судом к своему производству (ч. 1 ст. 404 ГПК РФ), то типичным вариантом являются соглашения, находящиеся в сфере действия норм материального права. В этом случае право, на основании которого устанавливается способность иностранцев к заключению соглашения о международной подсудности, должно определяться согласно коллизионным нормам частного права государства места суда, например по ст. ст. 1195 - 1197 ГК РФ, ст. 7 Вводного закона ГГУ, ст. ст. 20, 23 МЧП Италии, ст. ст. 33 - 36 МЧП Швейцарии.

Б. Специальная способность.

Анализ зарубежного и международного права дает основание для вывода, что возможность заключать соглашения о подсудности, в том числе международной, не предоставляется всем субъектам правоотношений в равной мере. Как свидетельствует германская практика, принцип свободы соглашений о подсудности создает преимущества для экономически более сильной и в правовом отношении более опытной стороны. Для крупных производителей товаров, фирм, оказывающих услуги, торговых предприятий характерно стремление включать в разрабатываемые ими типовые договоры оговорки о подсудности, позволяющие им концентрировать производства в одном или нескольких наиболее удобных для них форумах, например по месту нахождения управляющего органа или юридического отдела. Подобная практика может не соответствовать интересам контрагентов, ущемляет их право на судебную защиту. Закон от 1 апреля 1974 г. об изменении ГПУ Германии значительно перестроил регулирование соглашений о подсудности. По существу, был установлен принцип недопустимости соглашений о подсудности <1>. В основном этот принцип действует в отношениях с участием потребителей. Относительная свобода выбора суда была сохранена для предпринимателей, торговых товариществ и юридических лиц.

<1> Vollkommer M. Op. cit. S. 164.

Регламент, Брюссельская и Луганская конвенции также по-разному решают вопрос о допустимости соглашения о подсудности в зависимости от того, по поводу каких дел и с каким субъектом оно заключается. Особым образом, например, регулируются соглашения о подсудности дел с участием страхователя, держателя полиса или выгодоприобретателя по договору страхования (ст. ст. 13 - 14 Регламента, ст. ст. 12 - 12а Конвенций); дел из договоров с участием потребителей (ст. 17 Регламента, ст. 15 Конвенций); дел из трудовых соглашений с участием работника (ст. 21 Регламента, абз. 6 ст. 17 Конвенций). Подобного рода подход к регулированию соглашений о подсудности позволяет выделить устанавливаемые нормами процессуального права специальные способности сторон к заключению соглашений. В целом ряде случаев оказывается, что наличия материальной правоспособности и дееспособности для заключения соглашения недостаточно. Допустимость соглашения и его правовой режим зависят от особенностей юридического статуса стороны: является ли она предпринимателем, потребителем, страхователем, работником по трудовому договору и т.д.

Соглашение о подсудности наиболее доступно, а также имеет наиболее либеральный режим в отношениях между сторонами, которые обладают статусом предпринимателя (юридического лица или торгового товарищества). Например, по французскому законодательству в порядке исключения из общего правила, согласно которому любая оговорка, прямо или косвенно нарушающая правила территориальной подсудности, рассматривается как не написанная, допускаются соглашения о выборе суда между лицами, действовавшими в качестве коммерсантов (ст. 48 нового ГПК Франции <1>). Отсюда необходимость выяснения статуса стороны соглашения.

<1> Art. 48: Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. Эта норма в первую очередь относится к соглашениям об изменении внутренней подсудности. Ее применение к соглашениям о международной подсудности ограничивается положениями Регламента, Брюссельской и Луганской конвенций. За пределами этих актов французские суды допускают соглашения о международной подсудности в той мере, в какой они не нарушают действующих во Франции императивных правил территориальной подсудности и обусловлены международным характером спора (Nouveau Code de Procedure Civile. Paris: Dalloz, 1999. P. 61).

Согласно ст. L. 121-1 Торгового кодекса Франции (далее - ФТК) коммерсантами являются лица, которые занимаются коммерческой деятельностью в качестве своей обычной профессии. В

судебной практике профессиональным считается серьезное по своей природе занятие, которое приносит доход, необходимый для существования <1>.

<1> Code de Commerce. Paris: Dalloz, 2003. Art. L. 121-1, commentaire. Par. 2.

Что следует рассматривать в качестве коммерческой деятельности, определено в ст. L. 110-1 - L. 110-4 ФТК. К ней, в частности, относятся любая закупка товаров (движимого имущества) в целях перепродажи либо в том виде, в каком они существуют, либо после их переработки или использования; все посреднические операции по покупке, подписке или сбыту товаров, торговых предприятий, акций или долей в товариществах по строительству или управлению жилыми строениями; производственная деятельность и перевозка по земле или воде; поставка, оказание посреднических услуг, проведение торгов и публичных представлений; обменные, а также банковские операции; обязательства, возникающие между негоданцами, торговцами и банкирами, а также основанные на векселе обязательства между любыми лицами; строительство, покупка, продажа и перепродажа судов для речного и морского судоходства, морская перевозка; купля и продажа снасти, оборудования и продовольствия для судов; страхование и прочие контракты, связанные с морской торговлей; любые соглашения и договоры об оплате труда экипажа, наем моряков для обслуживания коммерческих судов.

Французские суды исходят из того правового положения сторон, в каком они находились в момент заключения соглашения о подсудности. Оно остается в силе, если в последующем статус коммерсанта утрачивается. То обстоятельство, что сторона не зарегистрирована в установленном порядке в качестве коммерсанта, не исключает возможность признания ее коммерсантом в смысле ст. 48 нового ГПК Франции, поскольку этот статус может следовать из ее коммерческой деятельности, которой она занимается независимо в качестве своей обычной профессии <1>.

<1> Nouveau Code de Procedure Civile. P. 62.

Германское законодательство прямо допускает возможность пророгационных соглашений в отношениях между сторонами, которые являются коммерсантами, юридическими лицами публичного права или публично-правовыми обособленными имуществами. Соглашения о подсудности с участием других субъектов обременены рядом условий (§ 38 ГПУ Германии).

Под коммерсантами в данном случае понимаются лица, указанные в § 1 и сл. Торгового уложения Германии (далее - ГТУ). Это прежде всего те, кто занимается торговой деятельностью, т.е. деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли (Gewerbebetrieb), за исключением случаев, когда такая деятельность по своему виду и объему не требует коммерческого обзаведения. В силу последней оговорки не являются коммерсантами уличные торговцы, владельцы торговых лавок <1>. В то же время считается торговым предприятие, деятельность которого связана с получением прибыли и по своему виду и объему не требует коммерческого обзаведения, если его фирменное наименование зарегистрировано в торговом реестре (§ 2 ГТУ). Предприятия сельского или лесного хозяйства считаются торговыми, даже когда их деятельность по виду и объему требует коммерческого обзаведения, только если его фирменное наименование внесено в торговый реестр (§ 3 ГТУ).

<1> Hartmann P. Op. cit. S. 137.

К юридическим лицам публичного права относятся организации, обладающие в силу специальных законодательных предписаний самостоятельной правосубъектностью в публичных и частных правоотношениях. В таком качестве действуют, например, церкви, высшие учебные заведения, общинные и окружные органы местного самоуправления, благотворительные фонды <1>.

<1> Creifelds C. Rechtsworterbuch. 14. Auflage. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1997. S. 678.

К публично-правовым обособленным имуществам относятся, например, имущество федеральной железной дороги <1>.

<1> Не путать с Германской железной дорогой (Deutsche Bahn), которая имеет статус акционерного общества.

В российском праве правовой режим соглашения о подсудности в ГПК РФ и АПК РФ регулируется различным образом. Будут ли к соглашению применяться положения того или иного кодекса, в определенных случаях зависит от статуса стороны: является ли участвующий в нем гражданин предпринимателем. В российском праве этот статус определяется по формальным

признакам (ч. 2 ст. 27 АПК РФ) - регистрацией в установленном законом, а именно Федеральным законом от 8 августа 2001 г. "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" порядке.

В связи с этим нельзя обойти вопрос о том, какой статус стороны является решающим: тот, который существует на момент определения действительности соглашения о подсудности, или тот, который был при заключении такого соглашения. Поскольку эффект соглашения о подсудности обнаруживается в процессуальных отношениях и эти отношения подчиняются праву, действующему на момент совершения процессуального действия, то напрашивается вывод в пользу первого варианта: во внимание должен приниматься статус стороны, в котором она пребывает на момент реализации соглашения о подсудности. Суды, решая вопрос о подведомственности дела, также отдают предпочтение тому правовому положению стороны, который существует на момент предъявления иска <1>. Тем не менее по соображениям правовой стабильности предпочтительным является второй вариант, в особенности если из-за нового правового статуса стороны соглашение о подсудности в конечном результате оказывается недействительным. В этом случае целесообразно исходить из презумпции действительности соглашения, сохранив за заинтересованной стороной право доказывать обратное на основе положений ст. 451 ГК РФ, регулирующих допустимость изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

<1> Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"; Постановления ФАС Уральского округа от 14 февраля 2007 г. по делу N Ф09-575/07-С5; Десятого арбитражного апелляционного суда от 20 сентября 2006 г., от 22 сентября 2006 г. по делу N А41-К1-8965/06.

В германской доктрине также считается решающим статус стороны в момент заключения соглашения. Его последующее изменение на действительность соглашения не влияет. Напротив, если соглашение было подписано лицом, которое в тот момент не было коммерсантом, и по этой причине являлось недействительным, то последующее приобретение лицом статуса предпринимателя не делает данное соглашение действительным <1>.

<1> Geimer R. Op. cit. S. 525.

Статус потребителя, страхователя, держателя полиса или выгодоприобретателя, работника, как правило, predetermined договором, регулирующим соответствующие материальные отношения, и поэтому его нетрудно установить. Проблемными могут быть ситуации, когда формальная квалификация договора и его участников не соответствует существу их обязательств, например, если трудовые отношения оформляются в виде притворного договора подряда, заключаемого с индивидуальным предпринимателем. В такого рода ситуациях возникает необходимость переквалифицировать договор и статус сторон, исходя из их действительной (а не формально обозначенной) воли (§ 133 ГГУ) либо реально существующих (существовавших) между ними отношений (п. 1 ст. 170 ГК РФ; абз. 2 § 117 ГГУ).

Коллизии правового регулирования специальной способности иностранца заключать соглашение о подсудности представляется возможным разрешать так же, как и в случае общей способности, т.е. по нормам международного частного права, действующим в государстве места суда.

3.2. Срок, в течение которого соглашение может быть заключено

Одна из особенностей соглашений о подсудности состоит в том, что нормы позитивного права устанавливают срок, в течение которого такие соглашения допускаются. Эти сроки относятся к категории пресекательных (преклюзивных), т.е. представляют собой некоторый период времени, когда стороны вправе договориться об изменении подсудности. За установленными пределами они таким правом не обладают.

Начало срока для заключения соглашения о подсудности определяется в основном в двух вариантах: 1) стороны свободны договориться в любой момент об изменении подсудности спора, который может возникнуть в их определенных отношениях; 2) эта свобода ограничивается: соглашение о подсудности допускается лишь после возникновения спора. Истекает срок с принятием спора к производству.

Рассмотрим регулирование начала и окончания данного срока в зарубежном и отечественном праве:

а) начало срока.

В германском законодательстве относительно соглашений о подсудности между коммерсантами, юридическими лицами публичного права или публично-правовыми обособленными имуществами срок вообще не обозначен (абз. 1 § 38 ГПУ), что толкуется как предоставление свободы заключать соглашение относительно возможных будущих споров <1>. Соглашения с участием иных субъектов допускаются после возникновения спора (п. 1 абз. 3 § 38 ГПУ).

<1> Vollkommer M. Op. cit. S. 167.

В Федеральном законе о подсудности по гражданским делам (предл. 1 абз. 1 ст. 9) и МЧП Швейцарии (предл. 1 абз. 1 ст. 5) допустимость соглашений о подсудности споров, которые возникли или могут возникнуть в будущем, формулируется в виде общего правила. При этом конкретные варианты отступления от него не указываются.

Регламент в виде общего правила допускает соглашение о подсудности в отношении дел, которые возникли или могут возникнуть из определенных правовых отношений (абз. 1 ст. 23). Если же речь идет о спорах, относящихся к страхованию, то изменение подсудности, установленной положениями Регламента для данной категории дел, допускается лишь в ограниченных случаях, среди которых заключение соглашения после возникновения спора (п. 1 ст. 13). Такое же ограничение установлено для договоров с потребителем (п. 1 ст. 17) и трудовых договоров (п. 1 ст. 21).

Российское процессуальное законодательство также устанавливает различный правовой режим для соглашений о подсудности. В отношениях с участием граждан соглашение о подсудности регулируется ГПК РФ. Статья 32 ГПК РФ предусматривает, что стороны могут по соглашению между собой изменить территориальную подсудность для данного дела до принятия его судом к своему производству, а в соответствии со ст. 404 ГПК РФ стороны могут договориться об изменении подсудности дела до принятия его судом к своему производству. Использование законодателем формулировки о возможности изменения подсудности для данного дела (предл. 1 ст. 32) или дела (ч. 1 ст. 404) означает допустимость соглашения только относительно уже возникшего спора (дела), но не относительно дел, которые могут возникнуть в будущем. Таким же образом следует толковать и ст. 21 Минской конвенции, и ст. 23 Кишиневской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам.

Нормы АПК РФ подобных ограничений не устанавливают. Статья 37 предусматривает право сторон на изменение подсудности, никак не связывая его с фактом возникновения спора, а в ст. 249 прямо указывается соглашение, в котором стороны определяют компетенцию суда по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности.

Следовательно, в гражданских отношениях с участием граждан соглашение о подсудности доступно лишь по поводу уже возникших споров, а в сфере экономических отношений с участием предпринимателей и юридических лиц или организаций соглашение о подсудности допустимо и по поводу дел, которые могут возникнуть в будущем. Это общее правило, исключение из которого возможно в той мере, в какой федеральное законодательство допускает участие в арбитражном процессе в качестве стороны гражданина, не являющегося предпринимателем, например, согласно ст. 33 АПК РФ.

Правило, исключающее соглашение о подсудности до возникновения спора, объясняется необходимостью защитить более слабую или менее опытную сторону правоотношения от преждевременных, а потому необдуманных и связывающих ее действий, от практики навязывания сильным контрагентом удобного лишь для него места судебного разбирательства <1>. При заключении материального договора потребитель, работник, страхователь, как правило, либо вообще не обращают внимания на возможную оговорку о порядке разрешения споров, либо не в состоянии определить ее последствия. В подобной ситуации их подпись под договором фактически не является подлинно свободным выражением согласия на выбор суда. Для предотвращения необдуманных действий служит правило, в соответствии с которым соглашение о подсудности (при обязательности письменной формы) не может включаться в текст основного договора, а должно составляться в виде отдельного документа по поводу уже возникшего спора.

<1> Baumgartel G. Op. cit. S. 189; Vollkommer M. Op. cit. S. 164 - 165.

Запрет заключать соглашение о подсудности до возникновения спора не является абсолютным. Например, согласно Регламенту договоренности о выборе суда до возникновения спора допускаются, если благодаря им держатель полиса, страхователь, выгодоприобретатель, потребитель или работник по найму получает право предъявить иски в судах иных, чем указанные в соответствующих разделах Регламента (п. 2 ст. 13, п. 2 ст. 17, п. 2 ст. 21). Другими словами, в

отношениях с данным кругом лиц исключаются дерогационные соглашения, но допускается пророгация. Тем самым дополнительно защищаются интересы слабой стороны договора.

Особого внимания в связи с этим заслуживает германское законодательство, разрешающее заключать соглашения о подсудности еще не возникших споров с любым лицом, которое не имеет в Германии общей подсудности (абз. 2 § 38 ГПУ) <1>. По существу, речь идет о лицах, не имеющих в ФРГ места жительства. В доктрине необходимость этого предписания объясняется стремлением облегчить международное правовое общение. Указывается также, что оно сформулировано по примеру ст. 17 Брюссельской конвенции <2>. В действительности, однако, данное предписание нейтрализует запрет соглашений о подсудности дел, которые еще не возникли, во всех тех случаях, когда речь идет о правоотношениях с участием лица, не имеющего в Германии места жительства, и позволяет за счет этих соглашений расширить компетенцию германских судов. Ограничений действия абз. 2 § 38 ГПУ, подобных тем, которые предусмотрены Брюссельской конвенцией в отношении ст. 17 для трудовых договоров, договоров страхования и договоров с участием потребителя, германское законодательство не содержит.

<1> Общая подсудность (allgemeiner Gerichtsstand) лица - это правила, определяющие суд, в который к этому лицу могут быть предъявлены иски. Таким судом, в частности, является суд, в округе которого лицо имеет место жительства. Данные правила установлены § 13 - 19а ГПУ.

<2> Vollkommer M. Op. cit. S. 170.

Применение правила, допускающего соглашение о подсудности лишь в отношении имеющих дел, предполагает определение признаков возникновения спора. По мнению германского профессора М. Фолкоммера, если речь идет о договорных отношениях, то связанные с ними споры могут возникнуть не ранее заключения основного договора. Спор возник, как только у сторон появились разногласия по поводу какого-то положения договора и возникла близкая или хотя бы отдаленная перспектива судебного разбирательства. Для вывода о существовании спора достаточно наличия различий во мнении о субъективных правах и правоотношениях либо какая-то правовая неопределенность <1>. С этим мнением трудно не согласиться с учетом, однако, того, что возможны и преддоговорные споры, и в этом случае допустимо соглашение о подсудности до заключения договора;

<1> Vollkommer M. Op. cit. S. 173.

б) окончание срока.

Окончание срока, в течение которого стороны могут заключить соглашение о подсудности, определяется моментом возбуждения производства или принятия судом дела к своему производству. В российском законодательстве этот момент указан прямо (ст. ст. 32, 404 ГПК РФ; ст. 37 АПК РФ), в праве других стран, международных соглашениях он выводится из сущности соглашения: поскольку оно направлено на решение вопроса о подсудности дела, то после возбуждения производства утрачивается цель соглашения.

Момент возбуждения производства в различных правовых системах определяется по-разному. Согласно германскому законодательству возбуждение производства по делу является результатом двух действий: 1) обращение истца с иском в суд; 2) доставка искового заявления ответчику. Обращение истца с иском в суд происходит путем направления искового заявления в суд в письменной или электронной форме <1>. С этого момента возникают процессуальные отношения между судом и истцом. На данном этапе иск проверяется с точки зрения допустимости его доставки ответчику. Если проверка не дает для истца негативных результатов, исковое заявление направляется ответчику. С момента его доставки производство считается начатым (абз. 1 § 253 ГПУ).

<1> В участковый суд допускается даже устное обращение (§ 496 ГПУ).

Первый шаг к возбуждению производства в основном звене судебной системы Франции - трибуналах большой инстанции (les tribunaux de grande instance) - составление адвокатом истца вызова в суд (assignation). Затем этот вызов передается судебному исполнителю для вручения ответчику. С отметкой о времени и месте вручения один из экземпляров вызова возвращается адвокату истца, после чего адвокат истца либо адвокат ответчика может зарегистрировать assignation в суде, и с этого момента судебное производство по делу считается начатым (ст. ст. 53 - 55 нового ГПК Франции).

В соответствии с английским процессуальным правом производство начинается с момента выпуска судом искового заявления (issue of claim form), в сущности, имеется в виду его регистрация. Этот момент определяется датой, которую суд ставит на искомом заявлении (п. 7.2 (1) - (2) ПГС Англии), после чего исковое заявление подлежит вручению ответчику в течение

четырёх или шести месяцев, если вручение производится за пределами английской юрисдикции (п. 7.5 ПГС Англии);

в) правовая природа срока.

Является ли этот срок процессуальным или материальным?

В пользу первой альтернативы свидетельствует формальный признак: срок установлен процессуальным законодательством. Однако процессуальные сроки касаются совершения процессуальных действий. На это указано в ч. 1 ст. 107 ГПК РФ, ч. 1 ст. 113 АПК РФ. Соглашение о подсудности, строго говоря, процессуальным действием не является. Это дает повод сомневаться в предложенной квалификации. Если тем не менее срок, в течение которого может быть заключено соглашение о подсудности, считать процессуальным, то это означает его подчинение положениям гл. 9 ГПК РФ или гл. 10 АПК РФ "Процессуальные сроки". Стороны, в частности, вправе рассчитывать на восстановление пропущенного срока (ст. 112 ГПК РФ; ст. 117 АПК РФ). Теоретически это открывает для них возможность заключать соглашение о выборе суда после принятия дела к производству, что противоречит принципу неизменности подсудности (ч. 1 ст. 33 ГПК РФ; ч. 1 ст. 39 АПК РФ). Соглашение о выборе суда касается процессуального вопроса, который решается на стадии возбуждения производства. После завершения этой стадии (с принятием иска к производству) предмет соглашения утрачивается, и оно становится невозможным. Применимость правил о восстановлении процессуальных сроков в данном случае исключается. Следовательно, срок, в течение которого стороны могут заключить соглашение о подсудности, не может рассматриваться в качестве процессуального.

3.3. Допустимость предмета соглашения

Под допустимым предметом соглашения понимается разновидность подсудности или подсудность определенной категории дел, которая может быть изменена по договоренности сторон.

В российском и зарубежном праве многих других стран подсудность делится на родовую, территориальную и функциональную. Родовая подсудность - *competence d'attribution* (фр.), *sachliche Zuständigkeit* (нем.), *subject-matter jurisdiction* (англ.), *competenza per materia e valore* (итал.), *competencia objetiva* (исп.) - распределяет компетенцию между различными звеньями судебной системы. Должен ли иск подаваться в суд низшего или среднего звена либо первой инстанцией по делу будет высший суд страны?

Территориальная подсудность - *competence territoriale* (фр.), *ortliche Zuständigkeit* (нем.), *venue* (англ.), *competenza per territorio* (итал.), *competencia territorial* (исп.) - позволяет установить компетентный орган среди судов одного уровня, решить, в какой из существующих в государстве судов первого (второго) звена надлежит подавать иск. Территориальная подсудность направлена на равномерное распределение дел между судами одного уровня с учетом экономических и личных интересов сторон для обеспечения наилучшего доступа к правосудию, экономичного и быстрого судопроизводства <1>.

<1> Fasching H.W. Op. cit. S. 143.

Функциональная подсудность - *funktionelle Zuständigkeit* (нем.), *competencia funcional* (исп.) - выделяется в германской и испанской правовых системах. Критерием классификации служат виды производства, которые судебный орган вправе осуществлять. По этому признаку различают суды первой инстанции, апелляционные суды, кассационные суды, суды исполнительного производства.

Специфичными являются правила, разграничивающие компетенцию между многочисленными судами США. Здесь также существует родовая (*subject matter jurisdiction*) и территориальная (*venue*) подсудность и, кроме того, выделяется личная подсудность (*personal jurisdiction*).

Родовая подсудность в США служит для разграничения власти не только между судами общей и специальной юрисдикции определенного штата, но и между федеральными судами, с одной стороны, и судами штатов - с другой. Она позволяет решить следующие вопросы: подлежит ли спор разрешению в судах штата или Федерации? к ведению какой ветви судебной власти штата относится этот спор? какое звено судебной системы штата должно им заниматься? Но она не касается другой не менее важной проблемы: в судах какого из 50 штатов может быть начато производство? Ответ на этот вопрос дает личная подсудность. Институт личной подсудности обусловлен федеративным устройством страны, служит для установления границ судебной власти штата, причем не только на территории США, но и за ее пределами. Суды определенного штата вправе осуществить разбирательство в отношении лица, не имеющего в нем места жительства, только тогда, когда оно согласно закону длинной руки (см. п. 1.2 ч. 1 настоящей главы) в достаточной степени связано с этим штатом.

Институт *venue* (буквально - место рассмотрения дела, *place of trial*) направлен на разграничение юрисдикции между судами, которые обладают компетенцией в силу родовой и личной подсудности. По существу, речь идет о территориальной подсудности, основанной на тех же принципах, что и в других странах.

Какую подсудность стороны могут изменить своим соглашением?

Если проанализировать судебную компетенцию в других аспектах, а не только через призму понятия "подсудность", то возникает и ряд других вопросов и в частности: могут ли стороны расширить компетенцию суда, передав на его рассмотрение дело, которое, согласно закону, находится в ведении другой ветви судебной власти, т.е. изменить подведомственность? можно ли посредством соглашения определить персональный состав суда или изменить компетенцию судей, установленную в соответствии с их специализацией регламентом или распоряжением председателя суда? вправе ли стороны посредством соглашения о подсудности сделать доступным для судебного производства требования, которые по закону не обеспечиваются судебной защитой, например требование, связанное с организацией игр и пари или с участием в них (п. 1 ст. 1062 ГК РФ)?

В российском праве имеются относительно точные указания на то, в каких пределах стороны могут изменить судебную компетенцию. Прежде всего благодаря разграничению между понятиями "подведомственность" и "подсудность" из предмета соглашения о подсудности исключается возможность изменения подведомственности дела. Подведомственность в определенных случаях может быть предметом другого договора - арбитражного соглашения. Далее, в российском процессуальном законодательстве прямо обозначены виды подсудности, являющиеся императивными. Согласно ст. 32 ГПК РФ по соглашению сторон не может быть изменена подсудность дел, отнесенных к компетенции верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области или суда автономного округа (ст. 26), Верховного Суда РФ (ст. 27), а также дел, отнесенных к исключительной компетенции определенного суда (ст. 30). Конкретность перечня императивной подсудности не исключает сложностей, которые возникают в связи с применением соответствующих предписаний. В частности, действительность соглашения о подсудности ставится в зависимость от того, какое имущество является недвижимым, какие права на него отнесены к исключительной компетенции суда по месту нахождения этого имущества, а на эти вопросы далеко не всегда можно получить однозначный ответ.

По германскому законодательству соглашение о подсудности недопустимо, если (1) спор касается неимущественных требований, которые отнесены к компетенции участковых судов независимо от цены предмета спора, или (2) для иска предусмотрена исключительная подсудность (абз. 2 § 40 ГПУ).

В ст. 28 ГПК Италии прямо указывается, что по соглашению сторон может изменяться территориальная подсудность дел, за исключением споров, предусмотренных п. п. 1 - 3, 5 ст. 70 ГПК (речь идет об исках, предъявляемых прокурором), дел, связанных с исполнительным производством (ст. 474 ГПК), исков в защиту владения, а также дел в тех случаях, когда закон прямо исключает возможность изменения подсудности соглашением сторон (например, в силу ст. ст. 661, 747, 825 Закона о несостоятельности).

В США стороны своим соглашением не могут изменить разграничение компетенций между федеральными судами и судами штатов. Договором может регулироваться лишь личная и территориальная подсудность. В этой правовой системе допустимость пророгационных соглашений сомнений не вызывала. А вот договоренности, исключающие судебную компетенцию, противоречили традициям общего права. Долгое время суды США придерживались концепции *nonouster* (запрет лишения права), в соответствии с которой соглашение, исключающее заранее (т.е. до возникновения спора) возможность обращения в суд, считалось незаконным и ничтожным <1>. Лишь решением Верховного суда США по делу *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* (1972 г.) был создан прецедент, на основании которого соглашения, исключающие компетенцию суда относительно будущего спора, стали рассматриваться как правомерные <2>.

<1> *Insurance Company v. Morse*, 87 U.S. (20 Wall) 445, 451 (1874) (цит. по: *Wagner G. Op. cit.* S. 183).

<2> *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 407 U.S. 1 (1972) (цит. по: *Landers J.M., Martin J.A. Civil Procedure.* Boston; Toronto: Little Brown and Company, 1981. P. 123).

Иной подход к договорной подсудности демонстрируют австрийское и швейцарское законодательства. Здесь за основу взят принцип свободы соглашений о подсудности (§ 104 австрийского Закона о юрисдикции, ст. 9 швейцарского Федерального закона о подсудности). Прямых указаний на ограничение этой свободы в указанных актах нет, имеется лишь оговорка о возможности такого ограничения. Здесь, по сравнению с Францией или Германией, действует либеральный режим соглашений о подсудности. Судебной практикой и доктриной в определенных

случаях допускается изменение даже родовой подсудности <1>. Однако это вовсе не означает абсолютную свободу соглашений о выборе суда.

<1> Fasching H.W. Op. cit. S. 111.

Приведенные примеры законодательного регулирования относятся прежде всего к соглашениям об изменении внутренней подсудности. Если же за этим регулированием признается двойная функция (см. об этом п. 1.2 ч. 1 настоящей главы), то они могут рассматриваться и как правила, ограничивающие предмет соглашений о международной подсудности. Однако не все вопросы, возникающие в связи с такими соглашениями, могут адекватно разрешаться на основе правил территориальной подсудности. В частности, по той причине, что главное назначение этих правил состоит в равномерном распределении потока гражданских дел между судами одного государства, в то время как соглашения, изменяющие международную подсудность, касаются разграничения юрисдикций различных государств. Тот или иной вариант международной подсудности дела может затрагивать не только частные, но и публичные интересы особого характера, принципиальным образом отличающиеся от тех, которые учитываются при регулировании территориальной компетенции. Поэтому вполне оправданы специальные правила, ограничивающие допустимость соглашений о международной подсудности.

Примером может служить ч. 2 ст. 404 ГПК, согласно которой стороны не могут изменять международную подсудность дел, установленную не только ст. ст. 26, 27, 30, но и ст. 403, в том числе дел, возникающих из публичных правоотношений, дел об оспаривании нормативных правовых актов, а также решений, действий (бездействия) органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностного лица, государственного или муниципального служащего; дел по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории Российской Федерации; дел о расторжении брака российских граждан с иностранными гражданами или лицами без гражданства, если оба супруга имеют место жительства в Российской Федерации.

Статья 249 АПК РФ аналогичных ограничений не устанавливает. Они были бы здесь неуместны, поскольку статья посвящена лишь соглашениям об определении компетенции арбитражных судов в Российской Федерации и договоренностей сторон о выборе иностранного суда она не касается. Возникает вопрос: является ли с точки зрения арбитражного процессуального законодательства недействительным соглашение сторон, изменяющее исключительную компетенцию арбитражных судов, установленную ст. 248 АПК РФ? Согласно ст. 37, посвященной договорной подсудности, стороны не могут изменить подсудность, предусмотренную в ст. ст. 35 и 36 АПК РФ. Запрета на изменение исключительной компетенции, предусмотренной ст. 248, в ней не содержится. Этот запрет установлен нормами международных договоров и также выводится путем толкования исключительной компетенции как императивной подсудности, что в конечном счете дает тот же результат, что и техника регулирования, использованная в ГПК РФ.

Внутренние правовые нормы в своем действии, как правило, ограничены территорией государства и адресуются его судам. Та их особенность, что они касаются международной подсудности, не изменяет их правовую природу: они остаются нормами внутреннего права. Непосредственно они не могут исключить компетенцию иностранных органов правосудия, которая основана на соглашении сторон, нарушающем его императивную юрисдикцию. В основном их действие обнаруживается при решении вопроса о допустимости приведения в исполнение иностранного судебного решения: нарушение исключительной юрисдикции государства позволяет суду этого государства отказать в исполнении полученного в результате такого нарушения иностранного судебного акта (п. 3 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ; п. 3 ч. 1 ст. 244 АПК РФ).

Трансграничный эффект исключительной компетенции может придать международный договор. Например, в соответствии с Кишиневской конвенцией исключительная подсудность, вытекающая из норм этой Конвенции, установленных ч. ч. I - V разд. II, а также из внутреннего законодательства соответствующего договаривающегося государства, не может быть изменена соглашением сторон (абз. 2 п. 1 ст. 23 Конвенции). В Договоре между Российской Федерацией и Республикой Индией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам от 3 октября 2000 г. предусматривается, что исключительная компетенция судов не может быть изменена соглашением сторон, участвующих в деле (п. 2 ст. 16 Договора).

В том и другом примере в силу международных договоров внутренняя исключительная компетенция приобретает трансграничное действие. Суды государств-участников должны принимать во внимание эти правила и на стадии возбуждения производства (по собственной инициативе или по ходатайству заинтересованного лица, участвующего в деле) отказывать в принятии искового заявления, если оно подается в суд, компетенция которого основана на соглашении, нарушающем исключительную подсудность.

Международные договоры могут решать противоположную задачу - нейтрализовать исключительную подсудность, предусмотренную законодательством государства, и устанавливать

собственные нормы императивной подсудности. Таким образом действуют Регламент, Брюссельская и Луганская конвенции. Установленные в них правила заменяют соответствующие нормы внутреннего права государств-участников, в том числе их исключительную подсудность. Допустимость предмета соглашений о подсудности в сфере действия Регламента и Конвенций в полном объеме определяется положениями этих актов <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 235 - 236.

Анализ международных договоров позволяет выделить три основных варианта установления ими императивной международной подсудности. Один из них основан на отсылочном методе регулирования, - договор ограничивается оговоркой о недопустимости соглашений, изменяющих те нормы исключительной подсудности, которые действуют в государстве-участнике. В другом варианте используется метод прямого регулирования: договор устанавливает нормы императивной подсудности, которые в полном объеме заменяют соответствующие правовые нормы государств-участников. В третьем применяются оба указанных метода: договор предусматривает кумулятивное действие исключительной подсудности государств-участников и собственных норм императивной подсудности. Рассмотрим более детально особенности каждого из этих вариантов.

Отсылка к внутренним правилам исключительной подсудности в договорах с участием Российской Федерации следует из запретительного предписания: "Исключительная компетенция судов не может быть изменена соглашением сторон, участвующих в деле". В двусторонних договорах о правовой помощи оно, как правило, содержится в статье, посвященной компетенции суда по гражданским делам, и следует за положением о допустимости изменения международной подсудности по соглашению между частными лицами <1>.

<1> См., например, соглашения о правовой помощи с Арабской Республикой Египет от 23 сентября 1997 г. (п. 2 ст. 20); Исламской Республикой Иран от 5 марта 1996 г. (п. 2 ст. 21); Республикой Грузия от 15 сентября 1995 г. (п. 2 ст. 21); Республикой Молдова (п. 2 ст. 21); Латвийской Республикой от 3 февраля 1993 г. (п. 3 ст. 21); Эстонской Республикой от 26 января 1993 г. (п. 2 ст. 21); Азербайджанской Республикой от 22 декабря 1992 г. (п. 2 ст. 21); Республикой Кыргызстан от 14 сентября 1992 г. (п. 2 ст. 21); Литовской Республикой от 21 июля 1992 г. (п. 2 ст. 21).

Указанное предписание выражает принцип взаимного уважения суверенитета договаривающихся государств, подтверждая, с одной стороны, право государства определять сферу своей исключительной компетенции, а с другой - его обязанность уважать исключительную компетенцию другого государства. В порядке выполнения этой обязанности суд одного государства-участника (по собственной инициативе или по ходатайству заинтересованного лица, участвующего в деле) должен проверить, не нарушает ли соглашение о подсудности исключительной компетенции судов другого государства-участника. Очевидно, что в решении данного вопроса он должен руководствоваться правом этого государства. Например, если истец обратился в суд Республики Молдова, компетенция которого определена соглашением сторон, то действительность такого соглашения, согласно п. 2 ст. 21 Договора между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 25 февраля 1993 г., должна проверяться с применением норм российского права об исключительной компетенции судов в Российской Федерации, в том числе ст. ст. 26, 27, 30 и 403 ГПК РФ и ст. 248 АПК РФ. По российскому праву с учетом законодательного регулирования и судебной практики должны определяться, в частности, само понятие исключительной компетенции и круг дел, подпадающих под исключительную юрисдикцию Российской Федерации. Детальное исследование этих вопросов требует особого внимания, которое в рамках данной работы не может быть уделено.

Согласно Регламенту, Брюссельской и Луганской конвенциям, в которых прямо и исчерпывающим образом регулируется императивная международная подсудность, договоренности сторон о выборе суда не допускаются полностью по делам исключительной подсудности (ст. 22 Регламента, ст. 16 Конвенций) или частично посредством запрета соглашений о подсудности относительно возможных будущих споров в интересах слабой стороны правоотношения по делам, указанным в ст. ст. 13, 14, 17, 21 Регламента или ст. ст. 12, 12а, 15 Конвенций.

Используемые в этих положениях правовые термины и формулировки (например, "место жительства", "вещные права", "недвижимость") в государствах-участниках нередко понимаются по-разному. Возникает вопрос: какой вариант толкования является предпочтительным? Суд ЕС в решении этого вопроса (применительно к Брюссельской конвенции) последовательно придерживается принципа автономного толкования. Он полагает, что содержание терминов и

формулировок Конвенции должно определяться не по праву того или иного государства, а исходя из цели и системы самой Конвенции, т.е. автономно. Тем самым обеспечивается ее единообразное применение <1>. Отступление от принципа автономного толкования допускается лишь в случаях, когда имеется прямая отсылка к внутреннему праву определенного государства <2>. Автономное толкование не исключает возможности обращения к национальным правовым системам. Напротив, оно среди прочего предполагает проведение сравнительно-правового исследования, благодаря которому получают различные варианты интерпретации, из которых затем выбирают тот, который в наибольшей степени соответствует целям международного акта.

<1> Пункт 10 решения от 6 октября 1976 г. по делу N 12/76 Tessili v. Dunlop; п. 7 решения от 8 декабря 1987 г. по делу 144/86 Gubish v. Palumbo.

<2> Так, согласно Регламенту дела о действительности создания или ликвидации компаний или других юридических лиц находятся в исключительной компетенции судов того государства, в котором соответствующая организация имеет место нахождения. Для выяснения этого места нахождения суд должен применить свое международное частное право (п. 2 ст. 22).

Кумулятивное регулирование императивной международной компетенции используется в Кишиневской и Минской конвенциях о правовой помощи. Согласно Кишиневской конвенции исключительная подсудность, вытекающая из норм этой Конвенции, расположенных в ч. ч. I - V разд. II, а также внутреннего законодательства соответствующей Договаривающейся Стороны, не может быть изменена соглашением сторон (абз. 2 п. 1 ст. 23) <1>. Таким образом, суд, решающий вопрос о допустимости изменения подсудности соглашением сторон, должен проверить, не нарушает ли такое соглашение, во-первых, исключительную подсудность, установленную Конвенцией (при этом он должен руководствоваться принципом автономного толкования); а во-вторых, исключительную подсудность государства-участника (или государств-участников), применяя право соответствующего государства.

<1> Раздел II Конвенции посвящен регулированию правовых отношений по гражданским делам и семейным делам и состоит из пяти частей. Первая из них содержит общие положения о судебной компетенции, в последующих частях содержатся нормы, разграничивающие компетенцию между учреждениями юстиции государств-участников по отдельным категориям дел.

В тексте Кишиневской конвенции исключительная подсудность прямо установлена абз. 1 п. 3 ст. 22 (подсудность по искам о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество). В остальных случаях речь идет о компетенции учреждений без указания на ее исключительность. Например:

- иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия (абз. 2 п. 3 ст. 22);

- по делам о расторжении брака... КОМПЕТЕНТНЫ (здесь и далее выделено мной. - Н.Е.) учреждения юстиции Договаривающейся Стороны, гражданами которой являются супруги на момент подачи заявления (ст. 32);

- производство по делам о наследовании движимого имущества КОМПЕТЕНТНЫ вести учреждения Договаривающейся Стороны, на территории которой имел место жительства наследодатель в момент своей смерти (п. 1 ст. 51);

- производство по делам о наследовании недвижимого имущества КОМПЕТЕНТНЫ вести учреждения Договаривающейся Стороны, на территории которой находится имущество (п. 2 ст. 51).

Означают ли эти положения исключительную компетенцию, запрещающую соглашение о подсудности? Если рассматривать право сторон на выбор места суда в качестве основного принципа регулирования подсудности, то отступления от него возможны лишь в прямо предусмотренных случаях. В данных нормах прямо не указывается, что установленная в них компетенция является исключительной (императивной), нет в них и прямого запрета соглашений о подсудности. Таким образом, на поставленный вопрос следовало бы дать отрицательный ответ. Однако такой ответ лишает значения содержащаяся в абз. 2 п. 1 ст. 23 Конвенции оговорку об исключительной подсудности, вытекающей из норм этой Конвенции. По всей видимости, создатели Конвенции имели в виду исключительную подсудность, в том числе основанную на приведенных выше положениях. Их императивный характер выводится из утвердительной формулировки нормы. Следовательно, положения Конвенции, касающиеся компетенции судебных и прочих учреждений (абз. 2 п. 3 ст. 22, ст. 32, ст. 51 и др.), являются основанием для исключительной подсудности, которая не может быть изменена соглашением сторон.

3.4. Определенность соглашения

Требование определенности может касаться, во-первых, того объема споров, подсудность которых изменяется соглашением; во-вторых, обозначения суда, наделяемого компетенцией.

А. Определенность споров, подсудность которых изменяется соглашением.

Один из основных аргументов, выдвигаемых против процессуальных договоров, состоит в том, что их последствия трудно предвидеть <1>. Например, сторона соглашения о подсудности может оказаться в затруднительном положении, если вследствие изменения обстоятельств (выезд на постоянное место жительства в другую страну) выбранное заранее место судебного разбирательства окажется для нее крайне неудобным. Кроме того, допустимости соглашений о подсудности может быть противопоставлено конституционное право на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 1 ст. 47 Конституции РФ, абз. 1 ст. 101 Основного закона ФРГ). Договариваясь о выборе суда, стороны (или одна из них) в той или иной мере лишают себя этого права.

<1> Baumgartel G. Op. cit. S. 189.

В значительной мере эти аргументы нейтрализуются установлением требования определенности того объема дел, подсудность которых определяется в договорном порядке. Стороны при заключении соглашения должны иметь представление о том, какие именно споры они относят к ведению конкретного суда. Они не могут исключить установленную законом подсудность для необозримых видов и числа дел.

Требование определенности следует, например, из абз. 1 ст. 23 Регламента, указывающего на возможность изменения подсудности какого-либо спора, связанного с определенным правоотношением. Согласно МЧП Швейцарии стороны могут заключить соглашение о подсудности существующего или возможного правового спора из определенного правоотношения (абз. 1 ст. 5). Аналогичная формулировка используется и в швейцарском Федеральном законе о подсудности по гражданским делам (предл. 1 абз. 1 ст. 9). В германском законодательстве прямо предусматривается, что соглашение о подсудности не имеет юридической силы, если оно не касается определенного правоотношения и споров, возникающих из него (абз. 1 § 40 ГПУ).

Суть требования определенности состоит в том, что стороны могут договориться об изменении подсудности конкретного спора или споров из определенных правоотношений; запрещаются соглашения, в силу которых стороны относят к компетенции определенного суда все возможные в отношениях между ними споры. В зависимости от субъектного состава и вида правоотношения необходимая степень определенности может варьироваться. Например, в отношениях с участием потребителей эта степень наибольшая: изменение подсудности допускается только в отношении конкретных, уже возникших споров (ст. 17 Регламента), а в сфере предпринимательской деятельности она минимальная (абз. 1 § 38 ГПУ). Здесь признаются допустимыми оговорки о подсудности всех дел, которые могут возникнуть из определенных правоотношений между сторонами (абз. 1 § 40 ГПУ), но запрещены соглашения, предопределяющие подсудность всех исков из всех существующих между сторонами отношений или вообще всех возможных между сторонами споров <1>.

<1> Hartmann P. Op. cit. S. 141.

В российском законодательстве принцип определенности соглашения о подсудности выражен в предл. 1 ст. 32, ч. 1 ст. 404 ГПК РФ. Из указанных положений закона следует, что стороны могут изменить подсудность лишь уже возникшего спора. Аналогичные положения АПК РФ (ст. ст. 37 и 249), напротив, каких-либо требований определенности не содержат. Следуя буквальному толкованию ч. 1 ст. 249, стороны вполне могут предопределить подсудность всех дел, которые возникли или могут возникнуть в связи с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности.

Думается, что такая интерпретация АПК РФ была бы неправильной. Она позволяет заключать соглашения о подсудности, последствия которых являются слишком неопределенными, чтобы безоговорочно признавать за ними юридическое значение. В подобных соглашениях усматривается нарушение ч. 1 ст. 47 Конституции РФ, устанавливающей право лица на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Стороны, конечно же, могут распорядиться этим правом, но только в его конкретной части, в связи с определенными правоотношениями. Отказ от этого права в той или иной общей сфере деятельности субъекта является по существу ограничением его правоспособности, что, конечно же, недопустимо.

Б. Определенность в обозначении суда, наделяемого компетенцией.

Другой аспект требования определенности соглашения о подсудности касается обозначения суда. Он следует из цели соглашения - стороны договариваются о приемлемом для них месте

судебного разбирательства. Очевидно, что это место должно быть обозначено с определенностью, достаточной для его бесспорного установления. Неясность воли сторон относительно предмета договора свидетельствует об отсутствии соглашения. Такой договор не имеет правовой силы.

С одной стороны, чрезмерно строгие требования, предъявляемые к обозначению суда (например, обязательность указания его официального наименования), существенно снижают сферу применения соглашения, а с другой - расплывчатое описание органа, наделяемого компетенцией, провоцирует спор о подсудности и ставит под сомнение наличие договоренности о выборе суда. Возникает вопрос: насколько определенным должно быть обозначение выбранного суда и какая степень конкретности является достаточной? Возможные варианты ответов иллюстрируют следующие казусы.

ООО (Россия) обратилось к ООО (Украина) с иском о взыскании задолженности по договору займа в Арбитражный суд г. Москвы. Исковое заявление было возвращено заявителю на том основании, что спор данному арбитражному суду неподсуден (п. 1 ч. 1, ч. 2 ст. 129 АПК РФ). Кассационная инстанция признала неправильным действие Арбитражного суда <1>. В договоре, из которого возник спор, было определено место его исполнения - г. Москва и установлено: все споры между сторонами должны быть разрешены путем переговоров, а в случае невозможности - путем обращения в арбитражный суд Российской Федерации. Очевидно, что заключительная фраза представляет собой соглашение о международной подсудности. Возникает вопрос: какой именно арбитражный суд в Российской Федерации обладает компетенцией в силу этого соглашения? Ответ на него данное соглашение не дает. Однако это не ведет к его недействительности, поскольку территориальная подсудность дела с достаточной ясностью следует из обстоятельств дела и закона: в соответствии с ч. 4 ст. 36 АПК РФ иск, вытекающий из договора, в котором указано место его исполнения, может быть предъявлен в Арбитражный суд г. Москвы по месту исполнения договора.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 8 июня 2004 г. по делу N КГ-А40/4333-04.

В другом деле, которое в порядке кассации рассматривалось в Федеральном арбитражном суде Северо-Кавказского округа, возник вопрос, достаточно ли определенной является такая формулировка оговорки о подсудности: если стороны не придут к согласию, материалы по спору между ними передаются для его разрешения в компетентную судебную инстанцию страны по месту заключения настоящего договора (Экономический суд Российской Федерации)? Оговорка содержалась в договоре, который был заключен 6 февраля 2004 г. между российским ООО и белорусским унитарным предприятием. Проблематичность оговорки состояла в том, что обозначение выбранного сторонами форума не совпадает с официальным наименованием судебного органа. Кроме того, судя по утверждениям ответчика (унитарного предприятия), договор фактически был заключен в г. Витебске (Республика Беларусь), и этот факт подтвердил истец, хотя в договоре в качестве места его заключения указан г. Морозовск (Россия). Тем не менее кассационная инстанция сочла оговорку о подсудности достаточно определенной. Путем ее толкования суд пришел к однозначному выводу о том, что стороны в качестве суда, имеющего право рассматривать споры, избрали компетентный суд на территории Российской Федерации. Экономические споры в Российской Федерации рассматриваются арбитражными судами, которые по своей сути являются экономическими судами. Возражение ответчика, основанное на том, что условие о подсудности сторонами не согласовано, поскольку фактическим местом заключения договора является г. Витебск (Республика Беларусь), было отклонено. По мнению кассационной инстанции, указание в договоре места его заключения - г. Морозовск - в совокупности с оговоркой о подсудности ясно выражает волю сторон на рассмотрение споров в компетентном суде России <1>.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 26 января 2005 г. по делу N Ф08-6512/2004.

Неопределенность обозначения компетентного органа привела к недействительности соглашения о подсудности в деле ОАО "Силловые машины" (Россия) против ОАО "Турбоатом" (Украина), рассмотренном в порядке кассации Федеральным арбитражным судом Московского округа в 2004 г. Между сторонами возник спор из договора комиссии от 4 октября 1991 г. Согласно ст. 10 договора спорные вопросы по нему передаются на рассмотрение в Госарбитраж. Пункт 1.1 того же договора предусматривал, что применяемые в нем термины имеют то же значение, что и в Соглашении о Консорциуме советских предприятий от 28 декабря 1990 г., которое являлось базовым документом договора комиссии. В соответствии с Соглашением все споры должны были рассматриваться в Госарбитраже г. Москвы. Руководствуясь этими положениями, ОАО "Силловые машины" обратилось с иском в Арбитражный суд г. Москвы, очевидно, рассматривая его как

правопреемника Госарбитража г. Москвы. Арбитражный суд на основании п. 1 ч. 1 и ч. 2 ст. 129 АПК РФ Определением от 2 февраля 2004 г. исковое заявление возвратил, так как, по его мнению, сторонами не согласован конкретный арбитраж, в котором подлежали рассмотрению споры, вытекающие из договора комиссии. Федеральный арбитражный суд, в который истец обратился с кассационной жалобой, также пришел к выводу, что стороны по иску не определили договорную подсудность.

Федеральный арбитражный суд Московского округа признал правильными буквальное толкование суда первой инстанции, данные договору комиссии и Соглашению о Консорциуме. Поскольку в договоре указано, что применяемые в этом договоре термины имеют то же значение, что и в Соглашении, суд исходил только из приведенного в этом Соглашении (в преамбуле) перечня терминов, среди которых термин "арбитраж" отсутствует <1>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 14 мая 2004 г. по делу N КГ-А40/3421-04.

Итак, арбитражные суды обеих инстанций признали оговорку о подсудности недействительной по причине неопределенности обозначения выбранного форума. На основании опубликованных материалов трудно восстановить полную картину обстоятельств дела и поэтому невозможно дать им правовую оценку, отличную от той, которая изложена в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа. Однако правильность буквального толкования положений договора комиссии и Соглашения, которыми ограничились арбитражные суды, все же вызывает некоторое сомнение. Вполне возможно, что оно лишено оснований, поскольку автор не имеет возможности исследовать тексты указанных документов и исходит лишь из принципов толкования правовых актов. Положение договора о том, что применяемые в нем термины имеют то же значение, что и в Соглашении, не обязательно следует понимать как отсылку только к преамбуле Соглашения, в которой дается определение терминов. В определениях отражаются существенные, но далеко не все признаки понятия. Адекватное представление о понятии можно получить, только если проследить его использование. В отношении правового понятия это означает анализ его применения в правовых нормах и того значения, которое в него вкладывается при реализации этих норм. По этим причинам при толковании оговорки о подсудности допустимо и необходимо обращение ко всему тексту Соглашения, а не только к одной из его частей, а также к практике применения оговорки, содержащейся в договоре, из которого возник спор, и в аналогичных договорах, которые заключали спорящие стороны.

Проблема обозначения суда привлекает особое внимание правоведов Швейцарии, что объясняется в том числе существованием в этом государстве множества автономных судебных систем и разнообразных судебных учреждений. По мнению швейцарских юристов, посредством соглашения о подсудности стороны выбирают суд, но не конкретного судью. Поэтому они не могут предопределить поступление дела на рассмотрение определенного судебного чиновника. Обозначение несуществующего судебного органа (например, указание на торговый суд кантона, в котором такого специализированного учреждения нет) влечет за собой недействительность соглашения. Стороны могут указать на конкретный суд, воспроизводя его полное официальное наименование, либо договориться о критериях, на основе которых может быть установлен наделяемый компетенцией суд, например: "суд по месту жительства стороны", без указания конкретной территории. Оговорка "...в суде г. Билля, по месту нахождения АО Ре." может оказаться недействительной, если к моменту предъявления иска место нахождения будет перенесено в другой город. Возможны альтернативные варианты, например: "...суд по месту жительства продавца или по месту передачи товара". В этом случае право выбора суда принадлежит истцу. Вместе с тем требование определенности нарушается, если в соглашении представленные на выбор истца суды не конкретизированы.

По этой причине, в частности, сомнительной представляется допустимость пророгационной оговорки "суды Швейцарии". Она отвергалась в заключительном докладе экспертной комиссии по проекту Закона о международном частном праве. Кассационный суд Цюриха в решении от 30 марта 1992 г. отказался считать такую оговорку соглашением о подсудности, поскольку ГПК Цюриха требует, чтобы в пророгационном соглашении был указан определенный суд. Кроме того, было принято во внимание вполне понятное для Швейцарии соображение: подобная формула слишком расплывчата, практически непригодна с учетом того, что в этой стране действуют 27 процессуальных кодексов и судебных систем с использованием трех языков. В рамках действия Луганской конвенции, напротив, такая оговорка, согласно ст. 17, является приемлемой. Компетентный суд в этом случае устанавливается по швейцарскому праву. Если оно не дает точного ответа, то надлежащий суд определяется по выбору истца с учетом правил, защищающих противную сторону от злоупотребления правом <1>.

<1> Wirth M. in: Gerichtsstandsgesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen. Herausgeber Müller T., Wirth M. S. Zürich: Schulthess, 2001. S. 212 - 213; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Internationales Privatrecht. Herausgeber Honsell. H., Vogt N.P., Schnyder A.K. Basel: Hebing & Lichterhahn Verlag, 1996. Art. 5. Rz. 39 - 41.

Каким образом проблема достаточно определенного обозначения суда решается в общеевропейском праве, иллюстрирует следующий пример из судебной практики <1>. Собственник груза, перевезшегося морским судном из китайского города Циндао в Роттердам (Нидерланды), предъявил иск к перевозчику (германской компании Корек - Coreck Maritime GmbH) и собственнику судна (российской компании Севрыба) в окружной суд Роттердама об ответственности за вред, причиненный грузу. Истец при выборе суда руководствовался п. 1 ст. 5 Брюссельской конвенции о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (подсудность по месту исполнения договора). Ответчик (Корек) оспорил юрисдикцию роттердамского суда, ссылаясь на оговорку о подсудности, которая содержалась в коносаменте и была сформулирована следующим образом: "Любой спор, возникающий из настоящего коносамента, должен разрешаться в стране, в которой перевозчик осуществляет свои деловые операции, и право этой страны подлежит применению, если в коносаменте не предусмотрено иного". Суд объявил эту оговорку недействительной и заявил о наличии у него компетенции в отношении иска на том основании, что оговорки о подсудности обладают правовой силой при условии, если суд, наделяемый компетенцией, может быть без труда установлен; в данном случае это условие не было выполнено. Определение суда первой инстанции ответчик обжаловал в Верховный суд Нидерландов, который при рассмотрении жалобы счел необходимым обратиться в Суд ЕС за разъяснением нескольких вопросов, в том числе: следует ли формулировку первого предложения ст. 17 Брюссельской конвенции (в особенности слова "достигли соглашения") с учетом прецедентного права Суда ЕС, согласно которому ст. 17 направлена на то, чтобы согласие сторон относительно условия, исключающего действие правил подсудности, предусмотренных ст. ст. 2, 5 и 6 Конвенции, "выражалось ясно и точно", понимать:

<1> Решение Суда ЕС от 9 ноября 2000 г. по делу C-387/98 Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and others.

а) как положение, в соответствии с которым оговорка о подсудности должна формулироваться таким образом, чтобы ее текст с полной ясностью указывал или позволял лицам, не являющимся сторонами, и в особенности суду, которого она касается, определить, какой именно суд обладает компетенцией разрешать соответствующий спор или

б) как положение, согласно которому для признания оговорки о подсудности действительной достаточно, если ее формулировка позволяет самим сторонам, в том числе на основании обстоятельств дела, ясно определить, какой суд обладает компетенцией разрешать соответствующий спор?

Суд ЕС отдал предпочтение второму варианту. По его мнению, не является обязательным признаком действительности оговорки о подсудности такая ее формулировка, которая позволяет определить компетентный суд исключительно по тексту оговорки. Достаточно, если этот текст содержит объективные факторы, на базе которых стороны договорились выбирать суд или суды, компетентные рассматривать споры, могущие возникнуть в отношениях между ними. Эти объективные факторы должны быть настолько точными, чтобы суд с их помощью был в состоянии решить вопрос о своей компетенции. В необходимых случаях они могут определяться особыми обстоятельствами дела.

Данный подход к решению проблемы обозначения суда в соглашении о подсудности базируется на общепризнанных юридических принципах, поэтому он носит универсальный характер и применим не только в общеевропейском праве, но и в других международных или национальных правовых системах.

4. Заключение соглашения о международной подсудности

Заключение соглашения о подсудности представляет собой согласование воли сторон относительно его существенных условий. Порядок заключения соглашения о подсудности, поскольку процессуальное право не устанавливает на этот счет особых правил, подчиняется соответствующим положениям материального права. Например, в Российской Федерации такими положениями будут, в частности, ст. 432 и сл. ГК РФ, в Германии - § 145 и сл. ГГУ, в Швейцарии - ст. 1 и сл. Гражданского кодекса (пятая часть: Обязательственное право).

Применимость норм материального договорного права к регулированию порядка заключения соглашений о подсудности не вызывает возражений. Нередко такое соглашение представляет собой оговорку к материально-правовому договору и подчиняется тому же правовому режиму.

Даже если заключается обособленное соглашение (например, по поводу возникшего спора), в сущности, речь идет о действиях сторон, реализующих свое намерение вступить в договорные отношения. Соответствующие действия стороны предпринимают вне процессуальных отношений, и уже по этой причине нет оснований для обращения к нормам процессуального права. То обстоятельство, что предметом договора является судебная компетенция, не вызывает необходимости установления принципиально иных правил, связанных с его заключением. Здесь, как и при заключении иных договоров, главными являются ясность и определенность того, что его участники действительно пришли к соглашению <1>. Соглашение достигается посредством выражения оферты и акцепта, подчиненных в основном нормам материального права. Среди прочего эти нормы регулируют общие требования, которым должны соответствовать оферта, связанность оферента офертой и возможность его отзыва, требования, предъявляемые к акцепту, срок для акцепта и возможность его отзыва, последствия акцепта, а также определяют признаки и последствия пороков воли (выражения воли под влиянием обмана, насилия или угрозы).

<1> Пункт 7 решения Суда ЕС от 14 декабря 1976 г. по делу 24/76 Estasis Salotti v. Ruwa.

Применимость норм материального права не исключает возможность существования особых правил, обусловленных спецификой предмета соглашения о подсудности. Прежде всего специфичны существенные условия, относительно которых стороны должны согласовать свою волю. Существенными в данном случае являются договоренности о деле или делах, подсудность которых изменяется, и о суде, наделяемом компетенцией. Существенным может быть также условие об исключении компетенции иных судов или, напротив, о сохранении такой компетенции в качестве альтернативной. Не требуется обязательного указания на то, что стороны изменяют именно международную подсудность дела. В силу присущей соглашению о подсудности двойной функции (см. об этом п. 1.4 ч. 1 настоящей главы) договоренность о подчинении возможного спора, например, суду по месту исполнения подрядных работ (российской организацией на территории Украины) будет определять его международную и территориальную подсудность.

Кроме того, могут предъявляться особые требования к изложению предложения заключить соглашение о подсудности. Так, Федеральный суд Швейцарии в свое время требовал, чтобы в тексте типовых условий сделок оно излагалось на видном месте и выделялось шрифтом. Тем самым, по мнению суда, устранялась опасность, что предлагаемую оговорку о подсудности малоопытная сторона оставит без должного внимания <1>.

<1> Это требование, образно именуемое "типографическим правосудием" (typographische Rechtsprechung), Федеральным законом о подсудности 2000 г. не было воспринято.

Заявление одной стороны относительно подсудности возможных споров, изложенное, например, в типовых формулярах или в счете-фактуре, без выражения согласия контрагента к заключению соглашения не приводит. Не может рассматриваться в качестве выражения согласия на договорную подсудность и молчание контрагента <1>.

<1> Ср. с предл. 2 п. 1 ст. 18 Венской конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи, в соответствии с которым молчание или бездействие не является акцептом.

В соответствии с нормами европейского права соглашение о подсудности не может считаться заключенным, если сторона вступает в договорные правоотношения принятием товара, услуги или совершением встречных действий независимо от того, направлено ли предложение о выборе суда до или после заключения основного договора, если акцепт предложения не выражен достаточно ясно и четко. Создатели Брюссельской конвенции о подсудности и исполнении судебных решений, формулируя положения ст. 17 относительно требований, предъявляемых к оформлению соглашения о подсудности, ставили перед собой цель не только облегчить задачу суда, выясняющего факт заключения соглашения, но и предупредить ситуации, когда бы оговорка о подсудности появлялась в договоре незаметным для одной из сторон образом. Соглашение о подсудности, по их мнению, является результатом подлинного согласования воли сторон, и по этой причине суд не может сделать вывод о наличии соглашения только лишь на основании документа, исходящего от стороны, которая на него ссылается <1>. Эта позиция подтверждена Судом ЕС в решении по делу Salotti v. Ruwa.

<1> Jenard P. Op. cit. S. 601-55-56.

Между итальянской фабрикой по производству мебели (Estasis Salotti, Милан) и германским предприятием, выпускающим оборудование для производства мягкой мебели (Ruwa Polstereimaschinen GmbH, Кельн), в Милане был заключен договор поставки указанного

оборудования. Текст договора был изложен и подписан на формуляре германского предприятия. На оборотной стороне формуляра излагались типовые условия, в которых среди прочего предусматривалось, что все споры из договора подлежат рассмотрению в земельном суде Кельна.

В соответствии с этой оговоркой германская сторона предъявила иск к итальянскому партнеру в земельный суд Кельна, который, однако, вынес определение о неподсудности дела. По его мнению, договорные отношения сторон подчиняются итальянскому праву, согласно которому оговорка о подсудности в том виде, как она была введена в условия договора, является недействительной. Это определение было успешно обжаловано в Высший земельный суд Кельна. Апелляционная инстанция пришла к выводу о том, что договор сторон подчиняется германскому праву и в соответствии с его нормами оговорка о подсудности является действительной. Решение Высшего земельного суда было обжаловано ответчиком в Федеральный суд Германии, который счел необходимым обратиться в Суд ЕС с вопросами, касающимися толкования ст. 17 Брюссельской конвенции.

По мнению Суда ЕС, при толковании ст. 17 Конвенции следует исходить из того, что соглашение о подсудности исключает как общую подсудность (ст. 2), так и специальную подсудность (ст. ст. 5 и 6). С учетом возможных последствий указанного соглашения для процессуального положения сторон установленные ст. 17 условия действительности оговорки о подсудности следует толковать ограничительно. Так как статья предписывает необходимость соглашения, суду в первую очередь надлежит проверить, была ли оговорка, на которой основывается его компетенция, предметом согласованной воли сторон, выраженной ясно и определено. Исходя из этих соображений, Суд ЕС пришел к выводу о том, что требования ст. 17 Конвенции не выполнены, если оговорка о подсудности излагается в типовых условиях, которые используются одной из сторон, и эти условия напечатаны на обороте ее фирменного бланка, на лицевой части которого содержится текст подписанного договора. При таких условиях нет гарантии, что противная сторона действительно согласилась на оговорку о подсудности, изменяющую общие правила судебной компетенции. Иной является ситуация, когда в тексте договора, подписанного обеими сторонами, сделана прямая ссылка на оговорку о подсудности, содержащуюся в общих условиях сделки <1>.

<1> Решение Суда ЕС от 14 декабря 1976 г. по делу 24/76 *Estasis Salotti v. Ruwa*.

В то же время считается, что соглашение о подсудности не обязательно должно заключаться в виде прямых и отдельно выраженных оферты и акцепта. Достаточным может оказаться поведение сторон, позволяющее сделать вывод о достижении между ними договоренности <1>. Впрочем, действие этого правила может ограничиваться. В соответствии со ст. 63 Регламента лицо, имеющее место жительства в Великом герцогстве Люксембург, связано соглашением о подсудности, если оно заключено в письменной форме или подтверждено письменно, как это предусмотрено п. "а" абз. 1 ст. 23 Регламента <2>.

<1> *Kropholler J. Op. cit. S. 238 - 239; Auer S. Op. cit. S. 606-330.*

<2> Эта оговорка касается только соглашений о подсудности споров, возникающих из договора поставки товара или договора об оказании услуг, если место поставки или оказания услуг находится в Люксембурге.

Повышенные требования к изложению условий соглашения о подсудности в практике европейских судов соседствуют с терпимым отношением к ситуации, когда типовые условия, содержащие оговорку о подсудности, составлены на языке, который для стороны договора является иностранным. Так, Федеральный суд Германии считает возможным распространять типовые условия на сторону, которая не владеет языком, на котором они были изложены, если в ходе переговоров и в тексте договора сделана ссылка на общие условия сделки и эта сторона выразила безоговорочное согласие на заключение договора. Если она считала важным то обстоятельство, что для нее типовые условия непонятны, то ей следовало бы их отклонить. Ее молчание на этот счет рассматривается как принятие этих условий. Последующее утверждение об отсутствии согласия на оговорку о подсудности, по мнению германских судов, противоречит принципу добросовестности <1>. Позиция Суда ЕС, изложенная в решении по делу *Elefanten Schuhe v. Jascmain*, также позволяет сделать вывод о том, что сам по себе факт составления соглашения о подсудности на иностранном для одной из сторон языке не влечет за собой его недействительность <2>.

<1> Решение от 31 октября 1989 г. // *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991. S. 326.

<2> Пункт 27 решения Суда ЕС от 24 июня 1981 г. по делу 150/80 *Elefanten Schuhe GmbH v. Pierre Jascmain*.

Не в полной мере соблюдаются концепция подлинного согласования воли сторон и принцип свободы волеизъявления в случаях, когда определяется действие оговорки о подсудности, содержащейся в уставе или ином акте, который регулирует комплекс внутренних отношений какого-либо объединения, например акционерного общества. Если следовать указанным исходным положениям, то вряд ли можно говорить о заключении соглашения в ситуации, когда акционер на собрании акционеров при принятии решения о включении оговорки о подсудности в устав АО голосовал против или, приобретая акции АО, в уставе которого имеется оговорка о подсудности, заявил о своем возмущении против нее. Тем не менее в интересах правовой определенности и по прагматическим соображениям практикой Суда ЕС такая оговорка распространяется на всех акционеров, даже если они голосовали против включения оговорки в устав или стали акционерами после ее появления. Эта практика оправдывается тем, что лицо, оставаясь или становясь акционером, тем самым выражает свое согласие с положениями о подсудности, содержащимися в уставе АО. Соответственно судебная компетенция, основанная на оговорке в уставе, рассматривается в качестве договорной и подпадает под действие ст. 23 Регламента (ст. 17 Конвенций) <1>. Из данного подхода логически следует, что оговорка о подсудности публично-правового объединения, членство в котором является обязательным, соглашением считаться не может и его участников не связывает <2>.

<1> Решение Суда ЕС от 10 марта 1992 г. по делу 214/89 Powel Duffryn v. Petereit.
<2> Auer S. Op. cit. S. 606-331.

Заметим, что интерпретация положений общеевропейского права может не совпадать с толкованием аналогичных норм внутригосударственного права. Так, швейцарские юристы, комментируя ст. 9 Федерального закона о подсудности, полагают, что коль скоро закон допускает возможность изменения судебной компетенции в силу именно соглашения сторон, то оговорка о подсудности, содержащаяся в уставе общества, связывает лишь тех лиц, которые определенным образом выразили свое согласие с ней. Соответственно оговорка будет связывать учредителей общества, подписавших его устав, в который она была включена, и акционера, который подписал устав в последующем, а также лиц, которые подавали заявление о вступлении в общество. Должно ли в данном заявлении содержаться прямое согласие с оговоркой о подсудности или достаточно акцепта всего устава в целом, является предметом дискуссий. Г. Райсер отдает предпочтение первой альтернативе <1>. По мнению М. Вирта, достаточным является общее согласие, например, в такой формулировке: "...принимаю к сведению устав Общества и признаю все его положения обязательными" <2>.

<1> Reiser H. Gerichtsstandvereinbarungen nach IPR-Ges. Diss. Zurich, 1989. S. 121.
<2> Wirth M. Op. cit. S. 210.

Анализ норм общеевропейского права показывает, что необходимость достижения соглашения для изменения судебной компетенции в полной мере игнорируется во внутренних отношениях, предметом которых является доверительная собственность. Доверительная собственность может возникнуть не только на основании договора, но и в силу односторонней сделки, т.е. в результате одностороннего волеизъявления. Согласно Регламенту и Конвенциям если условия, определяющие статус доверительной собственности, предусматривают, что иски, предъявляемые к учредителю, доверительному собственнику или бенефициару, должны рассматриваться в суде либо в судах государства-участника, то этот суд или эти суды обладают исключительной компетенцией, если предметом иска являются права или обязанности по доверительной собственности (абз. 4 ст. 23 Регламента, абз. 3 ст. 17 Конвенций). Таким образом, условие доверительной собственности о подсудности, установленное в одностороннем порядке, связывает участников соответствующих правоотношений независимо от их согласия.

Правовое регулирование порядка заключения соглашений о подсудности при схожести основных моментов обнаруживает различия в национальных правовых системах. Поэтому если в соглашении о подсудности присутствует иностранный элемент (например, оно заключается за границей или стороны выбирают суд иностранного государства), значение имеет вопрос: право какого государства должно применяться? В случаях, когда соглашение о подсудности представляет собой оговорку в договоре, оно в части порядка заключения должно подчиняться тому же праву, что и договор. Предлагаемое решение следует из акцессорного (вспомогательного) назначения соглашения. Его главная цель - определить место рассмотрения спора, который может возникнуть из договорных отношений между сторонами, и его подчинение праву, применимому к обслуживаемому правоотношению, представляется вполне логичным. Кроме того, тем самым обеспечивается единство правового режима договора.

Исходными положениями, по которым в отечественных и зарубежных судах определяется право, подлежащее применению к договорным обязательствам, являются принцип автономии воли и принцип наиболее тесной связи. Первый - основной и означает свободу сторон выбрать право, которому они подчиняют свои договорные отношения (см., например, ст. 1210 ГК РФ, ст. 3 Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. (далее - Конвенция 1980 г.), ст. 27 Вводного закона ГГУ, ст. 116 МЧП Швейцарии). Стороны могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210 ГК РФ), в том числе особым образом определить и право, которому они подчиняют оговорку о подсудности.

Второй принцип действует, если между сторонами нет соглашения о выборе права, и предписывает применять право той страны, с которой правоотношение или договор наиболее тесно связаны (п. 2 ст. 1186, ст. 1211 ГК РФ, ст. 4 Конвенции 1980 г., ст. 28 Вводного закона ГГУ, ст. 117 МЧП Швейцарии).

Когда заключается отдельное соглашение о подсудности, право, подлежащее применению, целесообразно определять посредством коллизионных норм, относящихся к тем требованиям, подсудность которых стороны намерены урегулировать данным соглашением. Например, если стороны желают договориться о том, в судах какого государства будет рассматриваться иск о возмещении вреда, причиненного в результате противоправного действия, то порядок заключения соглашения подчиняется праву, на которое указывают, в частности, ст. 1211 ГК РФ, ст. 40 Вводного закона ГГУ, ст. 133 и сл. МЧП Швейцарии. В данном случае стороны также имеют возможность договориться о применении иного права.

Итак, порядок заключения соглашения о подсудности, обремененного иностранным элементом, регулируется правом, которое выбрали стороны или к которому отсылают коллизионные нормы, относящиеся либо к договору, в который соглашение включено в виде оговорки о подсудности, либо к требованию, подсудность которого данным соглашением изменяется. При обращении к коллизионному регулированию возникает вопрос: коллизионные нормы какого государства должны определять право, устанавливающее порядок заключения соглашения о подсудности? В условиях отсутствия подлежащего применению международного договора, в котором соответствующие коллизионные нормы унифицированы, суды каждого государства руководствуются своим коллизионным правом. Следовательно, может получиться так, что заключение соглашения будет оцениваться на основе различных правовых систем, в частности, той, к которой отсылает коллизионная норма (а) государства, суд которого наделяется компетенцией; (б) государства, суд которого лишается компетенции (например, если в нарушение соглашения в этот суд подается иск); (в) государства, суд которого рассматривает ходатайство о приведении в исполнение решения, которое принято иностранным судом, действовавшим на основании соглашения о подсудности. Единообразие в решении этого вопроса может быть достигнуто с помощью международного договора, например, посредством установления приоритета права государства выбранного суда или признания постановления суда, который первый установил факт наличия или отсутствия между сторонами соглашения о подсудности.

5. Форма соглашения о международной подсудности

5.1. Общие положения

Цель требований, касающихся формы соглашений о подсудности, состоит в том, чтобы обеспечить ясность и определенность в согласовании воли сторон, получить надежные доказательства факта заключения соглашения и его условий, исключить или свести к минимуму споры относительно судебной компетенции, измененной по договоренности сторон. Выполняя эти требования, стороны облегчают задачу суда в решении вопроса о подсудности дела и получают гарантию предсказуемости судебной компетенции.

Указанные цели и задачи находятся в процессуальной области, что оправдывает установление процессуальных правил, касающихся формы соглашения о подсудности. Наличие таких правил свидетельствует о том, что требования, предъявляемые к форме соглашения, отличаются от требований, предъявляемых к форме договора, к которому данное соглашение относится. В частности, более строгие правила, касающиеся основного договора, не распространяются на соглашение о подсудности, если форма последнего регулируется особым образом (например, ст. 17 Брюссельской конвенции) <1>. Обоснованным является и противоположное утверждение о том, что из допустимости устного договора не следует возможность устного соглашения о подсудности, если закон предписывает для него обязательность письменной формы.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-342.

Российское законодательство в части специального регулирования формы соглашения чрезвычайно лаконично. Положения о договорной подсудности (ст. 32 ГПК РФ; ст. 37 АПК РФ) и договорной подсудности дел с участием иностранных лиц (ст. 404) каких-либо требований относительно формы соглашения не устанавливают. Лишь ч. 2 ст. 249 АПК РФ предусматривает, что соглашение об определении компетенции должно быть заключено в письменной форме. В международных договорах о правовой помощи с участием Российской Федерации также предусматривается обязательность письменной формы соглашения. В зарубежном праве на этот счет содержатся аналогичные или гораздо более пространные предписания.

Например, итальянское законодательство предписывает письменную форму как для соглашений об изменении территориальной подсудности (ст. 29 ГПК), так и для соглашений о международной подсудности (абз. 2 ст. 4 МЧП Италии).

Швейцарское законодательство не только предписывает письменную форму соглашения, но и приравнивает к ней такие формы коммуникаций, которые позволяют получить доказательство в виде текста, а именно посредством телеграфа, факса и электронной почты (абз. 2 ст. 9 Федерального закона о подсудности, предл. 2 абз. 1 ст. 5 МЧП Швейцарии). Кроме того, согласно Федеральному закону о подсудности письменным считается и устное соглашение, если оно подтверждается сторонами письменно (п. "b" абз. 2 ст. 9).

В германском законодательстве требования, касающиеся формы соглашения, варьируются в зависимости от того, между какими субъектами оно заключается. В отношениях между юридическими лицами и коммерсантами оно возможно в произвольной форме, допускается даже молчаливое соглашение (*stillschweigende Vereinbarung*), т.е. соглашение, возникшее в результате конклюдентных действий сторон (абз. 1 § 38 ГПУ). В отношениях с участием граждан, не являющихся коммерсантами, такое соглашение должно быть заключено в письменной форме или подтверждено письменно, если оно совершено устно (предл. 2 абз. 2 § 38 ГПУ).

Разнообразные способы оформления соглашений предусматриваются в общеевропейском праве (п. п. "a" - "c" предл. 3 абз. 1, абз. 2 ст. 23 Регламента, предл. 2 абз. 1 ст. 17 Конвенций). Регламент к письменной форме приравнивает электронные сообщения, обеспечивающие длительную сохранность записи соглашения (абз. 2 ст. 23 Регламента).

Представленный обзор демонстрирует различные подходы к регулированию формы соглашения о подсудности. Возможен вариант, когда относительно формы вообще нет какого-либо особого указания. Законодатель может ограничиваться краткой формулировкой об обязательности письменной формы. Наконец, помимо письменной формы могут допускаться (или приравниваться к ней) альтернативные способы оформления соглашения. По-разному может определяться и назначение требуемой формы: в одних странах она рассматривается в качестве средства доказывания, в других является условием действительности соглашения <1>.

<1> Jenard P. Op. cit. S. 601-56.

Если специальное регулирование формы соглашения о подсудности отсутствует или оно оказывается слишком общим для практического применения, возникает вопрос: на основе какого права должен восполняться пробел (в частности, для того, чтобы выяснить, каким требованиям должна отвечать письменная форма, каковы последствия нарушения этих требований)? Чаще всего обращаются к нормам материального права. Например, германский профессор Я. Кропхоллер распространяет на соглашение о подсудности действие § 125 ГГУ, предусматривающего в виде общего правила недействительность сделки, если она была совершена без соблюдения установленной законом формы <1>.

<1> См., например: Kropholler J. Op. cit. S. 241, 242.

5.2. Форма соглашения по российскому праву

Если этот подход применить в российском праве и отсутствие в процессуальных кодексах Российской Федерации предписаний относительно формы соглашения о подсудности восполнить материальными нормами, то в виде общего правила из п. 1 ст. 159 ГК РФ следует, что стороны могут заключить соглашение в произвольной форме (устно или письменно). Если же стороны подчиняют свое соглашение особой форме (абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ), то эта форма в основном выполняет функцию доказательства факта заключения соглашения и не является условием его действительности (п. 1 ст. 162 ГК РФ).

Из общего правила имеется исключение. Часть 2 ст. 249 АПК РФ, международные договоры о правовой помощи <1> требуют, чтобы соглашение, изменяющее международную подсудность, заключалось в письменной форме. Более строгие требования к форме соглашений о международной подсудности неслучайны. Как уже отмечалось, трансграничный выбор места суда связан с гораздо более существенными последствиями, чем в случае изменения внутренней

территориальной подсудности. Письменная форма не только позволяет получить надежные доказательства факта заключения соглашения, но и способствует более ответственному подходу к выбору места суда, обеспечивает ясное и определенное выражение воли сторон на этот счет. Для сравнения заметим, что в швейцарском праве также устанавливаются более строгие требования для формы соглашения о международной подсудности. В то время как территориальная компетенция может быть изменена по устной договоренности сторон с последующим письменным подтверждением (п. "b" абз. 2 ст. 9 Федерального закона о подсудности), изменение международной подсудности допускается только в письменной форме (абз. 1 ст. 5 МЧП Швейцарии) <2>.

<1> Пункт 1 ст. 21 Минской конвенции о правовой помощи; п. 1 ст. 23 Кишиневской конвенции о правовой помощи; п. 2 ст. 21 Договора с Республикой Мали от 31 августа 2000 г.; п. 2 ст. 20 Договора с Арабской Республикой Египет от 23 сентября 1997 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Республикой Иран от 5 марта 1996 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Республикой Грузия от 15 сентября 1995 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Республикой Молдова от 25 февраля 1993 г.; п. 3 ст. 21 Договора с Латвийской Республикой от 3 февраля 1993 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Эстонской Республикой от 26 января 1993 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Азербайджанской Республикой от 22 декабря 1992 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Республикой Кыргызстан от 14 сентября 1992 г.; п. 2 ст. 21 Договора с Литовской Республикой от 21 июля 1992 г.

<2> В сфере действия Луганской конвенции, допускающей в том числе и устную форму соглашения о международной подсудности, указанная норма Закона о МЧП Швейцарии не применяется.

Какие последствия несоблюдения письменной формы соглашения о международной подсудности следуют из норм российского права? Обращение к общим положениям ст. 162 ГК РФ позволяет сделать вывод: несоблюдение письменной формы лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение соглашения и его условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства, поскольку закон прямо не указывает, что нарушение формы соглашения влечет его недействительность. Однако п. 3 указанной статьи содержит особое положение, согласно которому несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки. Возникает вопрос: можно ли соглашение о международной подсудности в данном контексте считать внешнеэкономической сделкой?

Если обратиться к критериям внешнеэкономической сделки и применить их по аналогии к соглашению о международной подсудности, то следует дать положительный ответ. Так, согласно Венской конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи договор купли-продажи считается международным <1>, если он заключен между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах (п. 1 ст. 1). Соглашения о международной подсудности, как правило, заключаются между лицами, находящимися в разных государствах, значит, по этому критерию такое соглашение является внешнеэкономическим. Кроме того, международный характер материального договора может быть обусловлен иными обстоятельствами, например, тем, что на территории различных государств располагаются пункты отправления и назначения проданного товара, совершения оферты и акцепта или заключения и исполнения договора <2>. Подобного рода международные элементы также обнаруживаются в соглашениях о подсудности, в частности, если стороны наделяют компетенцией суды одного государства и исключают компетенцию судов другого государства.

<1> В данном случае слово "международный" можно отождествить со словом "внешнеэкономический".

<2> См.: Ерпылева Н.Ю. Понятие, форма и порядок заключения международных коммерческих контрактов // Внешнеторговое право. 2005. N 2 // СПС "КонсультантПлюс".

Основанный только на приведенной аналогии довод в пользу квалификации соглашения о международной подсудности в качестве внешнеэкономической сделки может показаться формальным. Но он может быть дополнен аргументом иного качества - ссылкой на существенность юридических последствий соглашения и трансграничный характер этих последствий. В совокупности это позволяет утверждать: не только по формальным признакам, но и по существу соглашение о международной подсудности относится к внешнеэкономическим сделкам в смысле п. 3 ст. 162 ГК РФ. Следовательно, оно должно заключаться в письменной форме, а несоблюдение этой формы влечет его недействительность. Этот вывод логически вытекает из действующего законодательства Российской Федерации, но он не в полной мере отвечает потребностям современной международной торговли, в которой часто используются устные договоры (см. об этом подп. "б" п. 5.4 ч. 5 настоящей главы).

Впрочем, арбитражные суды Российской Федерации не склонны безоговорочно делать вывод о недействительности соглашения по причине несоблюдения письменной формы. Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа, отказываясь признать свою компетенцию в отношении спора, подсудность которого, по утверждению истца, определялась соглашением сторон, указал на отсутствие в договоре, из которого возник спор, оговорки о подсудности, а также на то, что не было представлено доказательств факта заключения соглашения о рассмотрении споров, вытекающих из этого договора <1>. Тем самым суд косвенно выразил готовность исследовать доказательства, подтверждающие наличие соглашения, не предъявляя к нему строгих требований, которые предусмотрены п. 3 ст. 162 ГК РФ.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 октября 2005 г. по делу N А05-3558/2005-23.

5.3. Коллизионные проблемы регулирования формы соглашения

Поскольку соглашение о подсудности в том или ином виде содержит иностранный элемент, возникает вопрос: материальное право какого государства должно применяться? Его решение (по сравнению с решением аналогичного вопроса, касающегося порядка заключения соглашения) осложняется тем обстоятельством, что процессуальное право устанавливает более или менее подробное регулирование формы соглашения. Поскольку по общему правилу суды должны руководствоваться процессуальными нормами своего государства, то форма соглашения о подсудности в части, урегулированной процессуальным правом, подчиняется той правовой системе, в которой соглашение реализуется, например, в его пророгационном или дерогационном аспектах либо на стадии исполнительного производства. Если для отыскания материального права, на основании которого следует восполнить пробел процессуального регулирования, прибегать к коллизионным нормам, относящимся к договору или требованию, подсудность которого изменяется соглашением (как в случае с порядком заключения соглашения), то результат может оказаться абсурдным, - пробел процессуального регулирования должен восполняться нормами иностранного права.

Иные результаты получаются, если исходить из единой правовой природы правил, определяющих форму соглашения о подсудности; рассматривать всю их совокупность (как ту часть, которая установлена процессуальными кодексами, так и ту часть, которая содержится в нормах материального права) либо в качестве процессуальных, либо в качестве материальных норм.

Первая альтернатива по юридико-догматическим соображениям выглядит предпочтительней. В ее пользу свидетельствует присутствие в процессуальных нормативных актах, пусть даже кратких, предписаний о форме соглашений. Правотворческий орган тем самым выразил свою волю относительно того, в какой сфере правоотношений в принципе должен решаться вопрос о форме соглашения. Обращение к материальному праву для восполнения пробелов процессуального регулирования является результатом присутствующей в процессуальном предписании (подразумеваемой) отсылочной нормы. Благодаря ей соответствующие материальные нормы становятся частью процессуального права. В этих условиях форма соглашения о подсудности должна определяться в полном объеме по процессуальному закону места суда. Существенное неудобство этого подхода состоит в том, что форма соглашения оказывается в подчинении нескольких правовых систем: пророгируемого суда, дерогируемого суда, суда исполнительного производства.

Вторая альтернатива выводится из материально-правовой природы норм, регулирующих порядок заключения соглашения о подсудности. Поскольку форма соглашения является одним из его элементов, то было бы логично и ее подчинить нормам материального права. Кроме того, именно в материальном праве содержится основной блок правил, регулирующих форму сделок. При таком подходе форма соглашения подчиняется праву страны, регулирующему отношение, по поводу которых данное соглашение заключается (*lex causae*). Эта привязка обеспечивает относительную независимость применяемого права от места судебного разбирательства, а также определенность юридических требований, которые должны учитывать стороны при заключении соглашения. В противном случае они стоят перед сложной задачей: учесть соответствующие правовые нормы всех государств, в которых соглашение о подсудности так или иначе может проявить свое действие. По этим соображениям материально-правовая квалификация норм, регулирующих форму соглашения о подсудности, является предпочтительней.

Однако подчинение формы соглашения *lex causae* не обеспечивает полного единообразия правового регулирования. Из-за различий национальных коллизионных норм, в особенности из-за разнообразия в трактовке принципа наиболее тесной связи требования, предъявляемые к форме соглашения, все же могут варьироваться в зависимости от места судебного разбирательства. Более успешно проблема решается в общеевропейском праве. Указанные выше положения

Регламента, Брюссельской и Луганской конвенций устанавливаются относительно формы соглашения о подсудности унифицированные правила, единообразное применение которых призваны обеспечивать принцип их автономного толкования и разъяснения Суда ЕС.

В качестве предмета последующего анализа содержания норм, регулирующих форму соглашения о подсудности, целесообразно взять именно эти правила, поскольку они являются наиболее детализированными и широко применяемыми и к тому же подробно комментируются в судебных решениях и доктрине.

5.4. Форма соглашения в соответствии с нормами европейского права

Регламент и Конвенции исходят из того, что соглашение о подсудности действует лишь при условии, если соблюдены правила его оформления. Таким образом, в данном случае форма соглашения не только выполняет функцию средства доказывания, но и является условием его действительности <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 242.

Указанные акты устанавливают сравнительно либеральный режим формы соглашения. Конвенции предлагают четыре альтернативных варианта его оформления, а именно в письменной форме; в устной форме с письменным подтверждением; в форме, которая соответствует сложившейся между сторонами практике; в форме, которая соответствует международным торговым обычаям (предл. 2 абз. 1 ст. 17 Конвенций). Регламент к этим вариантам добавляет еще один - в электронной форме (абз. 2 ст. 23). Более строгие или более мягкие требования, следующие из норм права государств-участников, в сфере действия указанных актов применяться не могут. Суд ЕС прямо высказался против возможности государств-участников устанавливать какие-либо дополнительные правила, касающиеся формы соглашения о подсудности <1>. Для действительности соглашения достаточно, если соблюдена хотя бы одна из приемлемых форм.

<1> Пункт 26 решения Суда ЕС от 24 июня 1981 г. по делу 150/80, Elefanten Schuhe GmbH v. Pierre Jacqmain.

А. Письменная форма.

Письменная форма предполагает, что воля каждой стороны выражена в документе на бумажном носителе. Это необязательно должен быть единый документ, подписанный обеими сторонами. Достаточно письменных оферты и акцепта, изложенных в письме или телеграмме. Соглашение о подсудности необязательно должно излагаться на отдельном документе. Оно может включаться в текст договора в виде одного из его условий либо в текст приложения, которое в соответствии с подписанным сторонами договором является его частью <1>. По общему правилу подпись сторон подтверждает подлинность текста, помещенного над ней. Следовательно, она не свидетельствует о подлинности того, что написано рядом с ней или после нее. В какой мере расположение оговорки о подсудности в тексте договора может влиять на ее действительность, иллюстрируется следующим казусом.

<1> Mankowski P. in: Europaisches Zivilprozessrecht. Kommentar. Herausgeb. Rausher. T. Munchen: Sellier. European Law Publishers, 2004. S. 255; Kropholler J. Op. cit. S. 242; Auer S. Op. cit. S. 606-342-343.

Истец, имеющий место нахождения в Австрии, предъявил иск к лицу, проживающему в Германии, в Земельный суд Инсбрука (Австрия), полагая, что компетенция суда следует из оговорки о подсудности. Ответчик оспорил компетенцию австрийского суда. Поскольку в данном случае речь шла о договорной международной подсудности, то спор о компетенции должен был разрешаться на основании ст. 17 Брюссельской конвенции. Оспариваемая оговорка находилась в самом конце первой страницы договора, подписанного ответчиком. Причем она располагалась после черты, обозначающей конец этого текста, после девиза "Mens sana in corpore sano", наименования истца, его адреса, номера телефона и факса. Дело в порядке ревизии (второй после апелляции формы обжалования) рассматривалось Верховным судом Австрии. Суд в своей позиции исходил из того, что назначение положений ст. 17, касающихся формы соглашений, состоит в создании гарантий, исключающих ситуации, когда оговорки о подсудности включаются в договор незаметным образом. В документе, на который ссылается истец, оговорка о подсудности помещена в самом низу страницы среди реквизитов истца, которые не могут считаться его волеизъявлением. В этом месте оговорка оказывается скрытой, неожиданной для контрагента и необычной для практики делового общения. Для акцептанта текст договора заканчивается перед

девизом "Mens sana in corpore sano". Если он подписал документ, то очевидно, что его волеизъявление не распространяется на номер факса и адрес истца. Не распространяется оно и на условие о подсудности. Следовательно, такое условие не может считаться действительным <1>.

<1> Решение Верховного суда от 30 марта 2001 г. // *Recht der Wirtschaft*. 2001. N 11. S. 671.

Б. Устная форма с письменным подтверждением.

В данном случае альтернатива требований, предъявляемых к форме соглашения, складывается из двух элементов: устной договоренности и последующего письменного подтверждения этой договоренности. Здесь реализовано желание придать правовое значение сложившейся в международных экономических отношениях практике, когда договор заключается в устной форме, а затем письменно подтверждается одной из сторон <1>. Эта практика иллюстрируется следующим казусом.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-348.

Представитель брюссельской фирмы, находясь в Гамбурге, купил у местного торгового предприятия партию обоев. Заключенный в устной форме договор был в тот же день исполнен продавцом против частичного платежа со стороны покупателя. При поставке товара продавец вручил покупателю документ, обозначенный как "подтверждение заказа и счет". В нем указывались условия продажи и поставки товара, в том числе оговаривалось, что все возможные споры из договора должны разрешаться гамбургскими судами. В последующем покупатель оставшуюся часть покупной цены не заплатил. Может ли продавец предъявить иск в Земельный суд Гамбурга исходя из того, что компетенция этого суда следует из соглашения о подсудности, заключенного в устной форме с письменным подтверждением (вторая альтернатива п. "а" предл. 2 абз. 1 ст. 23 Регламента) <1>? Для ответа на этот вопрос необходимо исследовать составные элементы данного варианта оформления соглашения.

<1> Пример изложен на основе обстоятельств дела *Segoura v. Bonakdarin* (N 25/76), по которому Суд ЕС принял решение от 14 декабря 1976 г.

Устная договоренность сторон должна ясно и определенно выражать волю сторон относительно всех существенных условий соглашения о подсудности. В этой связи предлагается различать заключение основного (материального) договора и устную договоренность сторон о подсудности. Заключение основного договора само по себе не является доказательством того факта, что стороны также пришли к устному соглашению о подсудности по спорам, которые могут из него возникнуть. Сторона, заинтересованная в таком соглашении, должна предложить партнеру свои условия и получить от него на них согласие. Это может быть подтверждено свидетельскими показаниями, поскольку в случае оспаривания основанной на соглашении судебной компетенции эта сторона должна будет доказать, что относительно подсудности была достигнута ясная и определенная устная договоренность <1>.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-348.

Вместе с тем прямо выраженное согласование не является обязательным. Достаточной может быть, например, устная договоренность о применении содержащих оговорку о подсудности типовых условий одной из сторон, но только если эти условия не позднее чем в момент заключения договора были предоставлены партнеру и тот при проявлении должной осмотрительности мог с ними ознакомиться. По общему правилу нельзя говорить о достижении устного соглашения, если одна сторона выражает желание заключить договор на своих типовых условиях, содержащих оговорку о подсудности, но сами эти условия предоставляет позже вместе с письменным подтверждением факта заключения договора. При этих обстоятельствах вряд ли можно считать, что ее партнер, который устно выразил свое желание согласиться на типовые условия, акцептовал содержащуюся в них оговорку о подсудности. С учетом этих положений в приведенном выше казусе направленный продавцом документ, подтверждавший факт заключения договора купли-продажи и содержащий оговорку о подсудности (при условии, что стороны хотя бы устно о ней не договаривались), не может служить доказательством наличия между сторонами пророгационного соглашения. В сущности он представлял собой оферту такого соглашения и для заключения соглашения требовался письменный акцепт со стороны покупателя. Данный вывод следует из позиции Суда ЕС, изложенной в решении по делу *Segoura v. Bonakdarin* <1>.

<1> Решение Суда ЕС от 14 декабря 1976 г. по делу N 25/76 *Segoura v. Bonakdarin*, п. 8.

Заметим, что эта позиция была существенно скорректирована введением в Брюссельскую конвенцию положения, допускающего заключение соглашения в форме, соответствующей международным торговым обычаям, и толкованием этого положения <1>. Впрочем, иная оценка подобной ситуации не исключалась и в указанном решении. Суд ЕС признал допустимым считать соглашение достигнутым, если стороны заключают материальный договор в устной форме в рамках их продолжительных деловых отношений, которые в целом подчинены определенным типовым условиям, содержащим оговорку о подсудности. Тогда документ, подтверждающий факт заключения договора, служит доказательством устного соглашения о подсудности <2>. Можно предположить, что это мнение основывается на соображении, в соответствии с которым применимость типовых условий вместе с оговоркой о подсудности известна сторонам на момент заключения очередного договора, а поэтому вся совокупность этих условий становится его частью, если какая-либо сторона против них не возражала.

<1> Пункт 25 решения Суда ЕС от 20 февраля 1997 г. по делу N 106/95 MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft eG v. Les Gravieres Rhenanes SARL.

<2> Пункт 11 решения Суда ЕС от 14 декабря 1976 г. по делу N 25/76 Segoura v. Bonakdarin.

Опираясь на данную позицию Суда ЕС, германские суды первой и апелляционной инстанций признали соглашение о подсудности заключенным при следующих обстоятельствах. Между германской и бельгийской фирмами существовали многолетние деловые отношения, в рамках которых германская сторона продавала бельгийской пряжу. Договоры всякий раз подчинялись типовым условиям продавца, которые предусматривали применение германского права и разрешение возможных споров в судах ФРГ. Между сторонами возникли разногласия относительно того, был ли заключен очередной договор в январе 1988 г. Условия договора уточнялись посредством обмена телеграммами. На заключительной стадии бельгийская фирма телеграммой от 26 января 1988 г. определила основные условия договора, включая качество пряжи, цену, общий объем поставки, вес нетто без учета влажности, а также ее сроки с примерными объемами на каждый месяц (15 - к началу апреля, 30 - к началу мая, 30 - к началу июня). Телеграмма заканчивалась просьбой прислать подтверждение. Германская сторона направила 27 января 1988 г. подтверждение, на оборотной стороне которого излагались типовые условия продавца. Однако в документе ничего не говорилось о согласии на определение чистого веса без учета влажности товара, срок поставки определялся "с начала апреля по конец июня 1988 г." и оговаривалась возможность кредитования только при условии его страхования. Полагая, что договор был заключен, германская фирма начала осуществлять поставку. Покупатель принимать товар отказался. Продавец обратился в германский Земельный суд с иском о возмещении убытков. Ответчик, не выдвигая возражений по существу дела, заявил о нарушении международной подсудности. Судебным определением это утверждение было отклонено. Апелляционная жалоба на данное определение также не принесла ответчику успеха.

Апелляционная инстанция признала, что дело находится в компетенции германских судов. Она исходила из факта заключения договора. По ее мнению, телеграмма ответчика от 26 января 1988 г. являлась офертой, которая была принята со стороны истца подтверждением заказа от 27 января 1988 г. То, что в ней отсутствовало согласие на исчисление чистого веса без учета влажности товара, не имеет существенного значения, поскольку в сложившихся между сторонами долговременных отношениях этот способ исчисления считался обычным. Имелась и договоренность о применении типовых правил истца, содержащих оговорку о подсудности. Эти правила всегда применялись к договорам, которые заключали стороны. Таким образом, установленные ст. 17 Брюссельской конвенции требования, касающиеся формы соглашения о подсудности, были выполнены, а действия ответчика, оспаривающего факт заключения соглашения только по той причине, что типовые правила в данном случае излагались на оборотной стороне документа и вводились в качестве положений договора лишь подтверждением заказа, противоречат принципу добросовестности.

Иначе обстоятельства дела были квалифицированы Федеральным судом, в который ответчик обратился с ревизионной жалобой. Исследуя вопрос, была ли соблюдена устная форма соглашения с письменным подтверждением, суд исходил из того, что эта форма предполагает достижение между сторонами устной договоренности хотя бы посредством конклюдентных действий. В любом случае устная договоренность должна предшествовать письменному подтверждению. Этот момент апелляционный суд оставил без внимания, когда он исходя из сложившихся между сторонами долговременных деловых отношений и со ссылкой на решение Суда ЕС признал факт заключения соглашения в устной форме. Подтверждение заказа со стороны истца в сущности являлось офертой, которая могла бы привести к заключению договора, если бы ответчик выразил свое согласие. Но этого не произошло. Данное подтверждение нельзя

рассматривать в качестве письменного подтверждения в смысле ст. 17 Брюссельской конвенции, поскольку не было устного соглашения о подсудности, к которому оно могло бы относиться <1>.

<1> Решение Федерального суда от 9 марта 1994 г. // Neue Juristische Wochenschrift. 1994. Heft 41. S. 2699 - 2700.

Итак, устное соглашение о подсудности в смысле ст. 23 Регламента или ст. 17 Конвенций должно быть ясным и определенным, свою волю стороны должны выразить прямо либо конклюдентными действиями. Каким же требованиям должно отвечать письменное подтверждение?

Прежде всего, подтверждение по своему содержанию должно соответствовать достигнутому соглашению, что должно быть доказано стороной, которая ссылается на соглашение о подсудности. Желательной является прямая ссылка на подтверждаемую устную договоренность <1>.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-350.

Если подтверждение впервые вводит положение о подсудности или изменяет его условия, то для заключения соглашения необходим акцепт противной стороны. По общему правилу акцепт должен быть прямо выраженным. Недостаточными являются конклюдентные действия, например, в виде письменного предложения начать выполнение договора, или принятие товара, или отсутствие возражения <1>. По форме подтверждение должно отвечать требованиям, которые обычно предъявляются к письменной сделке.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 246 (со ссылкой на решение Высшего земельного суда Франкфурта от 27 апреля 1976 г.).

Долгое время спорным являлся вопрос о том, от какой стороны должно исходить подтверждение. В ряде случаев требовали документы, исходящие от стороны, против которой использовалось соглашение. Следовательно, подтверждение лица, ссылающегося на договорную подсудность, считалось недостаточным. В противном случае требования, касающиеся формы, можно было бы легко обойти, и факт заключения соглашения устанавливался бы в одностороннем порядке <1>. Подобного взгляда придерживался Высший земельный суд Дюссельдорфа, который рассматривал апелляционную жалобу на решение Земельного суда по делу FA Berghoeffler GmbH und Co. KG против Firma Asa Sa. В деле речь шла о выплате компенсации, на которую истец претендовал после прекращения договора торгового представительства на основании § 89 (b) ГГУ. В ходе производства возник вопрос о подсудности. Договор сторон от 1965 г. предусматривал компетенцию Торгового суда Руаны (Франция).

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 247; Auer S. Op. cit. S. 606-350.

По утверждению истца, между сторонами 8 октября 1975 г. была достигнута устная договоренность об изменении этой оговорки, в результате чего компетенцией наделялся Земельный суд Менхен-Гладбах (Германия). Новация была ответным шагом на готовность истца принять на себя расходы по переводу служебной корреспонденции, которые прежде нес ответчик. Это устное соглашение было подтверждено письмом от 27 октября 1975 г., которое истец направил в адрес ответчика. Возражений на это подтверждение от ответчика не поступало. Ответчик эти утверждения оспаривал и утверждал, что устного соглашения о подсудности не было, письма, на которое ссылается истец, он не получал.

Земельный суд в своем решении от 19 февраля 1981 г. отдал предпочтение позиции истца, сделав вывод о наличии у него компетенции, основанной на соглашении сторон. Однако Высший земельный суд Дюссельдорфа это решение отменил. По его мнению, земельный суд не обладает компетенцией, даже если предположить, что утверждения истца соответствуют истине, поскольку письменное подтверждение, о котором заявил истец, не соответствует требованиям абз. 1 ст. 17 Брюссельской конвенции. Согласно указанной норме заключенное в устной форме соглашение о подсудности действительным является лишь тогда, когда имеется письменное подтверждение от стороны, против которой при возникновении спора оно действует. В данном же случае соглашение подтверждается истцом, который основывает на нем свои права, а не его противником <1>.

<1> Обстоятельства дела изложены в решении Федерального суда Германии от 5 декабря 1985 г. // Neue Juristische Wochenschrift. 1986. Heft 35. S. 2196.

В результате последующих судебных процедур возникший в данном деле вопрос (соответствует ли требованиям абз. 1 ст. 17 Брюссельской конвенции относительно устной формы соглашения с письменным подтверждением такое подтверждение, которое исходит от стороны, воспользовавшейся этим соглашением) был поставлен перед Судом ЕС, который дал следующее разъяснение. Из текста Конвенции не следует, что подтверждение должна представлять именно та сторона, против которой соглашение используется. Иное толкование ведет к тому, что факт существования соглашения оказывается неопределенным, поскольку до момента возникновения спора и обращения в суд нельзя установить, кто из сторон будет им связан. Поэтому если фактически имело место устное соглашение о подсудности и если соответствующее письменное подтверждение от одной из сторон поступило другой стороне и та в свое время не заявила возражение, то требования абз. 1 ст. 17 следует считать выполненными. Было бы нарушением принципа добросовестности, если бы при указанных условиях сторона, воздержавшаяся от возражения, стала оспаривать существование соглашения <1>.

<1> Решение Суда ЕС от 11 июля 1985 г. по делу N 221/84 FA Berghoeffter GmbH und Co. KG v. Firma Asa Sa.

Разъяснения Суда ЕС, в свою очередь, дают повод для дискуссии о правовой оценке ситуации, когда сторона, получившая документ, который подтверждает факт заключения устного соглашения о подсудности, заявит о своем возращении. Суд ЕС в указанном решении подчеркнул, что он воздерживается от определения правовых последствий такого возращения. В п. 1 абз. 1 ст. 3 германо-бельгийского договора от 30 июня 1958 г. о взаимном признании и исполнении судебных решений, решений третейских судов и официальных документов по гражданским делам, который был прообразом ст. 17 Брюссельской конвенции, прямо предусматривается, что соглашение о подсудности может быть заключено в устной форме, если одна из сторон подтвердит его письменно и при этом противная сторона не заявит возражение. Однако в Конвенциях и Регламенте аналогичного дополнительного условия нет. Это означает, что возращение само по себе не предрешает действительность устной договоренности сторон. Предлагается рассматривать его как доказательство, весомость которого для выяснения факта заключения устного соглашения должен определять суд с учетом прочих обстоятельств <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 248; Geimer R., Schutze R. Europaisches Zivilverfahrensrecht. Munchen: Beck, 1997. S. 325 - 326.

В. Форма, которая соответствует сложившейся между сторонами практике.

Первоначальный текст Брюссельской конвенции такой формы не предусматривал. Она была введена ст. 17 Соглашения о присоединении 1989 г. Тем самым были уточнены положения Конвенции в духе п. 1 ст. 9 Венской конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров <1> и закреплена позиция Суда ЕС, изложенная в упомянутом ранее решении по делу Segoura v. Bonakdarin (п. 11).

<1> Пункт 1 ст. 9 гласит: "Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях".

Данная форма соглашения определяется обыкновением, т.е. таким правилом, которое сложилось в отношениях между конкретными сторонами (в отличие от обычая как правовой нормы, применимой к неограниченному кругу лиц). Существует ли оно между сторонами и каково его содержание, определяется судом. Основные критерии, которые при этом принимаются во внимание, - длительность деловых отношений, способ оформления соглашений, регулярность его использования.

Г. Форма, соответствующая международным торговым обычаям.

Эта форма соглашения о подсудности применима в области международной торговли и определяется обычаем, о котором стороны знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен сторонам договоров данного вида в соответствующей области международной торговли и постоянно соблюдается ими (п. "с" предл. 3 абз. 1 ст. 23 Регламента, п. "с" предл. 2 абз. 1 ст. 17 Конвенций). Положение, предусматривающее данную форму, появилось в Брюссельской конвенции в результате новации 1978 г.; его появление мотивировалось необходимостью отреагировать на то толкование ст. 17, которое к тому времени было дано Судом ЕС.

В упомянутом ранее решении по делу Segoura v. Bonakdarin Суд ЕС пришел к заключению, что оговорка о подсудности в типовых условиях продавца, которые были направлены покупателю вместе с подтверждением заказа, не действует, если покупателем не был заявлен письменный акцепт (п. 8). Этот вывод не соответствует практике и потребностям международной торговли.

Правовое регулирование в этой области должно обеспечиваться возможностью быстрого заключения договора в устной форме на основании расчетов, которые сделаны по сложившимся на данный момент ценам с последующим подтверждением заказа, сопровождаемого типовыми условиями контракта. Сохранение за противной стороной права принять или отказаться от заказа ведет к ее неоправданному преимуществу, поскольку позволяет отказаться от устной договоренности, если конъюнктура рынка за соответствующий период изменилась не в ее пользу. Опасность навязывания невыгодных условий договора минимизируется тем обстоятельством, что в этой области коммерческих отношений типовые условия, включая оговорку о подсудности, как правило, формулируются не по произвольному желанию одной из сторон, а с учетом интересов различных субъектов. В целях устранения указанного несоответствия была прямо предусмотрена возможность заключения соглашения о подсудности в форме, соответствующей обычаям международной торговли. Характерно, что формулировка введенного положения практически совпадает с текстом п. 2 ст. 9 Венской конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров <1>.

<1> Пункт 2 ст. 9 гласит: "При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли".

Эксперты, работавшие над проектом новации, в своем разъяснительном докладе подчеркивают, что в данном положении речь идет лишь об упрощенном варианте формы соглашения. Был ли заключен договор на базе типовых условий и было ли достигнуто соглашение относительно применимости оговорки о подсудности, подлежит доказыванию и указанным положением не предрешается <1>.

<1> Bericht zu dem Ubereinkommen über den Beitritt des Königreichs Danemark, Irlands und des Königreichs Grossbritannien und Nordirland zum Ubereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen // Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen. Verfasst von P. Schlosser. Bulow A., Bockstiegel K.-H., Geimer R., Schutze R. Band I. München: Verlag C.H. Beck, 1998. S. 601-176.

Торговыми в смысле п. "с" предл. 3 абз. 1 ст. 23 Регламента, п. "с" предл. 2 абз. 1 ст. 17 Конвенций являются не только отношения сторон по договору купли-продажи, но и прочие отношения, связанные с их предпринимательской деятельностью. В их число, бесспорно, входят отношения, возникающие между лицами, обладающими статусом предпринимателя. За этими пределами рассматриваемого понятия находятся сделки, направленные на удовлетворение личных потребностей. Германский комментатор Брюссельской конвенции доктор С. Ауэр полагает, что в тех случаях, когда речь идет о договоре между предпринимателем и гражданином, форма оговорки о подсудности подчиняется указанным предписаниям, если она используется против предпринимателя. Таким образом, на момент заключения соглашения его действительность с точки зрения соблюдения требований формы оказывается неопределенной. По этой причине присутствие лишь одного предпринимателя или юридического лица не позволяет в полной мере воспользоваться удобством этой упрощенной формы соглашения. По мнению того же автора, решающим является не формальный статус предпринимателя, а предпринимательская деятельность лица. Если субъект ведет себя как предприниматель, совершает типичные коммерческие действия, то исходя из сущности Брюссельской конвенции на его контрагента, желающего воспользоваться соответствующей формой соглашения о подсудности, нельзя возложить обязанность предварительно исследовать формальный статус этого лица. Достаточно, если будет доказано, что это лицо действовало как предприниматель <1>.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-355.

Торговые отношения носят международный характер, если речь идет о трансграничных поставках товара или о договоре, заключенном между лицами, место жительства или место нахождения которых расположено в разных государствах. Суд ЕС к международным отнес, например, заключенный между германским судовладельцем и французским предприятием договор фрахтования судна, который выполнял перевозку груза по Рейну преимущественно на территории Франции <1>. В то же время гражданство сторон само по себе не является решающим признаком международного свойства их отношений, поскольку в международном договорном праве <2> и в актах ЕС, регулирующих международную подсудность, гражданство сторон не рассматривается в качестве главного критерия <3>.

<1> Решение Суда ЕС от 20 февраля 1997 г. по делу N 106/95 MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft eg v. Les Gravieres Rhenanes SARL (п. 22).

<2> Например, положения Венской конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров применяются к договорам купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах (п. 1 ст. 1).

<3> Kropholler J. Op. cit. S. 250.

Существование торгового обычая, по мнению Суда ЕС, не должно определяться по праву какого-либо одного государства-участника, оно должно устанавливаться не для всей международной торговли в целом, а для той области коммерческой деятельности, в которой заняты стороны договора. В определенной области международной торговли обычай существует тогда, когда занятые в ней предприниматели при заключении договоров определенного вида в целом регулярно следуют определенным правилам поведения <1>. Необязательно, чтобы об обычае знали и следовали ему все субъекты соответствующей области, достаточно осведомленности и соблюдения со стороны их значительного большинства. Торговый обычай должен быть международным, т.е. существовать в сфере международного предпринимательства. Это не исключает возможность действия местных обычаев (например, товарной биржи, ярмарки, порта) при условии, что эти предприятия имеют определенное значение в международной торговле. Существует ли международный обычай - вопрос факта. Для его разрешения суды могут обращаться с запросом в международные и национальные торговые палаты <2>.

<1> Пункт 23 решения Суда ЕС от 20 февраля 1997 г.

<2> Kropholler J. Op. cit. S. 251 - 252.

Требование субъективного плана (стороны связаны обычаем, о котором они знали или должны были знать) призвано защитить от неправомерного неожиданного подчинения соглашению о подсудности. Правовое значение придается как фактической, так и нормативной осведомленности. Последняя следует из обязанности предпринимателя, вступающего на международный рынок, ознакомиться с действующими на нем правилами. С точки зрения Суда ЕС то обстоятельство, что стороны договора знают торговый обычай, считается установленным или предполагаемым, если они в отношениях между собой или с другими партнерами уже заключали аналогичные договоры с соблюдением этого обычая или если в соответствующей области международной торговли определенная норма поведения повсеместно и регулярно соблюдается и поэтому является достаточно известной, чтобы рассматриваться в качестве постоянно практикуемой <1>.

<1> Пункт 24 Решения Суда ЕС от 20 февраля 1997 г.

Бремя доказывания указанного требования несет сторона, использующая соглашение о подсудности. Для выполнения этой задачи она может сослаться на содержащие сведения о торговом обычае юридические рекомендации, которые публикуют соответствующие отраслевые объединения предпринимателей, или иные источники информации, доступные для противной стороны. Сам по себе факт, что сторона в своей сфере деятельности постоянно придерживается определенного поведения, субъективно рассматривая его в качестве обычая, не является доказательством существования такого обычая. Однако этот факт может стать решающим, если сторона заявила своему партнеру о том значении, которое она придает своему поведению <1>.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-357.

Опираясь на п. "с" предл. 2 абз. 1 ст. 17 Брюссельской конвенции и практику международной торговли, Суд ЕС подтвердил принципиальную возможность заключения соглашения о подсудности посредством молчания, а именно когда одна сторона направляет документ, в котором впервые излагается оговорка о подсудности, а получивший его контрагент не заявляет возражения <1>. Однако и в этом случае должны быть соблюдены субъективные условия: действительность такого соглашения может быть оспорена, если молчавшая сторона не знала и не должна была знать о соответствующем обычае <2>.

<1> Пункт 25 решения Суда ЕС от 20 февраля 1997 г.

<2> Kropholler J. Op. cit. S. 252.

Д. Электронная форма.

Пятый возможный вариант оформления соглашения о подсудности (в виде электронных документов) предусматривается абз. 2 ст. 23 Регламента. В соответствии с указанным

предписанием соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно зафиксировано в электронных сообщениях, обеспечивающих длительную сохранность записи. Прежде всего, имеются в виду соглашения, заключаемые с использованием электронной почты. Это средство коммуникации обеспечивает длительное хранение записи в индивидуальных почтовых ящиках или на жестком диске, а также возможность напечатать ее на бумаге. Наличие электронной подписи необязательно. Необходимым, однако, является наличие текста. Соглашения, заключенные в ходе переговоров по телефону или видеоконференции, не отвечают требованиям данной формы. По той причине, что веб-сайты для адресата представляют собой картинки, которые могут изменяться в одностороннем порядке, изложенные на них соглашения о подсудности не обладают свойством длительной сохранности записи <1>.

<1> Mankowski P. Op. cit. S. 264.

6. Подсудность, основанная на безоговорочном вступлении ответчика в процесс

Согласно распространенным принципам судопроизводства в случае возникновения спора истец в принципе может обратиться в наиболее удобный для него суд, поскольку нарушение установленной законом диспозитивной или договорной подсудности не будет иметь для него негативных последствий, если ответчик вступит в процесс, не оспаривая компетенцию суда.

Классическая формулировка данного вида подсудности дана в ст. 322 Кодекса Бустаманте: считается молчаливым подчинением компетенции суда со стороны истца факт обращения к судье с представлением исковых требований, а со стороны ответчика - факт совершения после вызова в суд любого процессуального действия, кроме формального оспаривания подсудности.

Подобного рода подсудность предусматривается в Регламенте и праве многих государств. Ее допустимость и необходимость объясняются принципом диспозитивности, соображениями процессуальной экономии, возможностью обойтись без лишнего формализма, стремлением обеспечить поступательный ход производства и своевременность разрешения споров о подсудности <1>.

<1> Hartmann P. Op. cit. S. 139.

В правовом регулировании молчаливого подчинения компетенции суда особое внимание уделяется поведению ответчика. Это объясняет понятие "подсудность, основанная на безоговорочном вступлении ответчика в процесс". Какие действия ответчика рассматриваются в качестве безоговорочного вступления в процесс и при каких дополнительных условиях они ведут к обоснованию подсудности, определяется соответствующими правовыми нормами и судебной практикой государства, в суд которого был подан иск с нарушением диспозитивной компетенции.

Во Франции последствия вступления ответчика в производство как обстоятельство, влияющее на подсудность дела, определяются на основе положений ст. 93 нового ГПК, согласно которой судья вправе отказать в рассмотрении иска в силу его территориальной неподсудности в трех случаях: 1) по делам относительно статуса сторон; 2) если закон относит дело к исключительной территориальной подсудности другого суда или 3) если ответчик не вступает в производство. В иных ситуациях, а именно когда ответчик не выдвигает возражений о неподсудности и вступает в процесс, судья не вправе отказать в разбирательстве по причине нарушения судебной компетенции.

Согласно французскому праву ссылка ответчика на неподсудность дела является одним из процессуальных средств защиты, которые должны выдвигаться одновременно или прежде возражений по существу иска под угрозой утраты права на их использование (ст. 74 ГПК Франции). Кроме того, если сторона оспаривает подсудность, то она должна мотивировать свою позицию и указать, в какой суд, по ее мнению, дело должно быть перенесено (ст. 75 ГПК Франции). Руководствуясь этими нормами, французский суд отказался признать, что ответчик оспаривал его компетенцию: свое возражение ответчик никак не мотивировал, ошибочно полагая, что соответствующую аргументацию надлежит представлять лишь в германский суд, который, по его мнению, является надлежащим форумом <1>.

<1> Civ. 2-е, 26 oct. 1978: Bull. civ. II, n 225.

В Германии, как уже отмечалось, компетенция суда в силу безоговорочного вступления в процесс ответчика прямо предусматривается § 39 ГПУ Германии (действие которого распространяется также и на международную подсудность) <1>: подсудность дела суду первой инстанции также обосновывается тем, что ответчик участвует в устном рассмотрении дела по

существу, не заявляя возражений о его неподсудности. Это правило не действует, если разъяснение в соответствии с § 504 ГПУ Германии не сделано.

<1> Решение Федерального суда от 21 ноября 1996 г. // BGHZ 134. S. 132.

Предложение 2 § 39 ГПУ Германии означает, что в участковых судах, которые образуют низшее звено судебной системы Германии, данное правило применяется с ограничением: если в этот суд иск предъявлен с нарушением родовой или территориальной подсудности, то судья до рассмотрения дела должен указать на это ответчику и разъяснить ему последствия его безоговорочного участия в рассмотрении дела по существу (§ 504 ГПУ Германии). Невыполнение этой обязанности исключает наступление последствий, предусмотренных предл. 1 § 39 ГПУ Германии.

Подсудность может быть оспорена на начальных стадиях процесса или на первых этапах судебного заседания до представления аргументов, направленных против материально-правовых оснований иска, например, прежде оспаривания факта заключения договора, факта нарушения его условий или предъявления встречного иска.

Не относятся к возражениям по существу дела использование процессуальных средств защиты, в частности заявление об отводе судьи или о несоблюдении процедуры возбуждения производства; ходатайство о ходе производства; ведение переговоров о заключении мирового соглашения <1>. Совершение подобных действий не лишает ответчика права заявить впоследствии о неподсудности дела.

<1> Hartmann P. Op. cit. S. 140.

Безоговорочное участие в процессе не обосновывает компетенцию суда, если речь идет о деле, подсудность которого не может быть изменена соглашением сторон (предл. 2 абз. 2 § 40 ГПУ Германии).

В английском праве правила оспаривания юрисдикции и условия, при которых поведение ответчика рассматривается как признание юрисдикции, устанавливает ч. 11 ПГС Англии:

1. Ответчик, который намерен:

а) оспорить право суда на рассмотрение иска или

б) доказать, что суд не должен осуществлять свою юрисдикцию, может просить суд о вынесении определения, признающего отсутствие у него права рассматривать иск или невозможность осуществлять принадлежащую ему юрисдикцию.

2. Ответчик, желающий заявить такое ходатайство, должен представить подтверждение вручения (acknowledgment of service) в соответствии с положениями ч. 10.

3. Ответчик, представляющий подтверждение вручения, не теряет права на оспаривание юрисдикции.

4. Ходатайство на основании настоящего правила должно:

а) быть сделано в течение 14 дней после того, как было представлено подтверждение вручения, и

б) подтверждаться доказательствами.

5. Ответчик, который:

а) представляет подтверждение вручения и

б) не заявляет ходатайство в срок, установленный в § 4, должен рассматриваться как признавший право суда на рассмотрение иска...

Изложенные правила оспаривания юрисдикции чаще всего применяются в делах, обремененных иностранным элементом. Однако к ним можно обратиться в любом случае, когда есть основания для оспаривания компетенции суда или препятствия в ее реализации. Высокий суд обладает неограниченной юрисдикцией решать вопрос о наличии у него власти и о пределах ее реализации <1>.

<1> Canada Trust Co. v. Stolzenberg (1997) 1 W.L.R. 1582, CA (цит. по: Civil Procedure. 2-nd ed. Gen. editor Lord Justice May. London: Sweet & Maxwell, 1999. P. 152).

Ответчик не подчиняет себя юрисдикции английского суда представлением подтверждения вручения. Подтверждение вручения (acknowledgment of service) - это то процессуальное действие, которое ответчик должен совершить после получения иска, если он не намерен признать предъявленные к нему требования и не готов сразу же представить возражения, а желает получить дополнительный 28-дневный срок для составления возражений против иска. Один из предусмотренных в бланке acknowledgment of service вариантов возражений - намерение оспорить юрисдикцию. Сам по себе факт представления подтверждения, даже если оно не содержит

заявления о намерении оспорить юрисдикцию, не равнозначен отказу от этого средства процессуальной защиты.

Решение по заявлению, в котором оспаривается юрисдикция, принимается на основе прилагаемых к нему письменных доказательств, однако суд может распорядиться о проведении устного разбирательства с использованием процедуры перекрестного допроса свидетелей. Основное бремя доказывания возлагается на истца, если оспаривается допустимость вручения иска за пределами юрисдикции; на ответчика, если он намерен добиться прекращения производства по иску, который вручен ему в Великобритании <1>.

<1> Civil Procedure. P. 152.

В общеевропейском праве подсудность, основанная на безоговорочном вступлении ответчика в производство, предусматривается ст. 24 Регламента (ст. 18 Конвенций): "Если подсудность дела суду государства-участника не следует из других норм настоящего Регламента, то он является компетентным, если ответчик вступает в осуществляемое в этом суде производство. Это правило не действует, если ответчик принимает участие в производстве с целью оспаривания подсудности или если дело на основании ст. 22 находится в исключительной подсудности другого суда".

Если строго придерживаться формулировки этой нормы, то суды должны в первую очередь выяснять, не предусмотрена ли их компетенция иными нормами Регламента или Конвенций. Но на практике они вначале принимают во внимание обоснованность своей юрисдикции в силу ст. 24 Регламента (ст. 18 Конвенций), поскольку, как правило, наличие или отсутствие возражений со стороны ответчика о неподсудности установить проще, чем исследовать вопрос о пределах судебной компетенции в силу иных оснований.

В норме ничего не говорится о месте жительства сторон. Этому обстоятельству придается то же значение, что и в предшествующем случае со ст. 23 Регламента (ст. 17 Конвенций). Статья 24 Регламента не применяется, если, например, истец из Нью-Йорка предъявляет иск в суд Бремена (ФРГ) к ответчику из Москвы. Вопрос о подсудности, последствиях безоговорочного вступления в процесс ответчика будет решаться в соответствии с правом ФРГ. Однако если истец проживает в Бремене и ответчик из Москвы участвует в производстве, не выдвигая возражений о неподсудности дела, то правовые последствия его поведения будут определяться по ст. 24 Регламента.

Содержание понятия "вступает в осуществляемое в этом суде производство" определяется на основе автономного толкования исходя из системы самого Регламента или Конвенций. Его нельзя, например, отождествлять с тем основанием подсудности, которое предусмотрено § 39 ГПК ФРГ, - участие ответчика в устном разбирательстве по существу дела.

Безоговорочное вступление в процесс в смысле положений Регламента или Конвенций имеет место, если ответчик, например, каким-либо образом в устной или письменной форме защищается в суде против предъявленного к нему требования, не оспаривая прежде (или одновременно) международную подсудность; использует средства защиты с целью добиться отклонения иска; выдвигает возражение *res judi-cata*; оспаривает лишь территориальную или родовую подсудность <1>.

<1> Gottwald P., Nagel H. Internationales Zivilprozessrecht. 3. Aufl. Munster: Druckhaus Aschendorff, 1997. S. 129; Kropholler J. Op. cit. S. 276.

Нет безоговорочного вступления, если ответчик, в частности, не оспаривая подсудность, лишь выразил свое желание защищаться против иска, поскольку речь идет об обязательной предпосылке любого вида защиты, в том числе процессуальной, к которой относится и оспаривание подсудности, или сообщает о назначении судебного представителя <1>.

<1> Gottwald P., Nagel H. Op. cit. S. 128.

Предположим, ответчик оспаривает подсудность. Суд первой инстанции это возражение отклоняет. Тогда ответчик выдвигает возражения по существу спора. Означает ли это, что при рассмотрении спора в вышестоящих инстанциях он не вправе вновь поставить вопрос о юрисдикции? Нет, не означает. После отклонения судом возражений о неподсудности ответчик не обязан обжаловать соответствующее постановление суда, может участвовать в разбирательстве по существу спора, не оспаривая дополнительно подсудность дела. Возможность проверки судебной компетенции в высших инстанциях не утрачивается <1>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 278.

Аналогичных правил в российском процессуальном законодательстве нет, но они предусматриваются в ряде международных договоров с участием Российской Федерации. Причем их действие ограничено: они могут лишь нейтрализовать соглашение о подсудности, но они не способны изменить установленную законом компетенцию суда. Например, из п. 2 ст. 21 Договора между Российской Федерацией и Исламской Республикой Иран от 5 марта 1996 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам следует: "Если между субъектами материальных правоотношений было заключено письменное соглашение о подчинении их спора компетенции судов одной из Договаривающихся Сторон, то суды другой Договаривающейся Стороны должны прекратить производство по заявлению ответчика при условии, что такое заявление сделано до представления возражений по существу иска".

В соответствии с указанной нормой само по себе наличие соглашения, даже если факт его существования известен суду, не дает основания для прекращения производства. Необходимо, чтобы ответчик заявил ходатайство о прекращении производства со ссылкой на пророгационное соглашение. Причем сделать это ему надлежит до того, как он представит возражения по существу иска. Возражения по существу в данном случае можно интерпретировать как конклюдентные действия ответчика, которыми он отказывается от соглашения о подсудности. Эти действия носят процессуальный характер, поэтому они подчинены нормам процессуального права и к ним не могут применяться ст. 177 и сл. ГК РФ, предусматривающие возможность оспаривания сделки, совершенной лицом, не способным понимать значение своих действий или руководить ими либо под влиянием заблуждения. Поэтому, например, не будет иметь юридического значения то обстоятельство, что ответчик, возражая по существу иска, не имел намерения отказываться от соглашения о подсудности.

Предусматриваемое нормами международных договоров требование о том, чтобы возражение о неподсудности дела по причине нарушения условий соглашения было заявлено до представления возражения по существу иска, вносит существенные коррективы во внутригосударственные процессуальные нормы, поскольку российскому процессуальному праву в принципе неизвестно обоснование судебной компетенции в силу безоговорочного вступления ответчика в процесс. Не проводится в нем и строгого разграничения между защитой по существу иска и процессуальными средствами защиты <1>. Во всяком случае, при регулировании возможных вариантов защиты ответчика от иска категория процессуальных возражений, которые надлежит использовать в первоочередном порядке, не выделяется. В том числе нет специальных норм, касающихся возражения, которое обосновывается ссылкой на нарушение соглашения о подсудности. Закон не требует, чтобы о нем было заявлено прежде возражений по существу иска и не устанавливает последствий безоговорочного участия ответчика в процессе.

<1> Для сравнения заметим, что, например, в новом ГПК Франции имеются две отдельные главы, посвященные защите по существу (ст. ст. 71 - 72) и процессуальным возражениям (ст. ст. 73 - 121).

В ГПК РФ среди возможных действий, ожидаемых от ответчика после направления ему копии искового заявления, указываются возражения в письменной форме относительно иска (п. 2 ч. 2 ст. 149). Согласно нормам АПК РФ отзыв ответчика на иск должен содержать возражения по существу заявленных требований (п. 3 ч. 4 ст. 131). Исключение представляет собой ситуация, когда иск в нарушение соглашения о рассмотрении спора третейским судом предъявляется в арбитражный суд. В этом случае закон предусматривает возможность оспаривания компетенции арбитражного суда не позднее дня представления своего первого заявления по существу спора в арбитражном суде первой инстанции (п. 5 ст. 148). Другими словами, ответчик не допустит ошибки и не утратит своего права оспаривать подведомственность дела, если он в одном документе или в разных документах, но в течение одного дня представит свои возражения по существу спора и оспорит компетенцию арбитражного суда.

Если имеется соглашение о международной подсудности, подпадающее под действие международного договора, то действуют иные правила. Ответчик, полагаящий, что иск предъявлен в суд с нарушением условий соглашения, не должен представлять возражение по существу спора до того, как он оспорит подсудность, ссылаясь на это нарушение. Направленный ответчиком в суд документ, который содержит не только утверждение о неподсудности дела, но и возражения по существу предъявленных к нему требований, при буквальном толковании международного договора исключает возможность добиться прекращения производства.

7. Действие соглашения о международной подсудности

Соглашение о подсудности действует в нескольких аспектах. Это, прежде всего, его пророгационный и дерогационный эффекты, непосредственно касающиеся судебной компетенции, международной и (или) внутренней подсудности. Оно также определяет соответствующие

возможности и обременения сторон (см. п. 1.3 ч. 1 настоящей главы). Все это в совокупности можно обозначить как объективные границы действия соглашения о подсудности.

В своих субъективных границах данное соглашение может распространяться при известных условиях не только на стороны соглашения, но и на третьих лиц, а также на правопреемников.

Соглашение о международной подсудности обладает обширной пространственной сферой действия. Его пророгационный эффект реализуется на территории государства, суды которого выбраны сторонами. Его дерогационный эффект распространяется на территорию всех прочих государств. Оно учитывается также в государстве, где необходимо добиться приведения в исполнение решения, принятого иностранным судом, компетенция которого основывалась на договоренности сторон или осуществлялась вопреки этой договоренности.

Действие соглашения обнаруживается главным образом в сфере процессуальных отношений, поскольку оно является юридическим основанием для решения процессуальных вопросов: суд, опираясь на него, принимает иск к производству либо, напротив, возвращает исковое заявление как ему неподсудное. Не исключен и его материальный эффект, в частности, если речь идет о предусмотренной в нем материальной ответственности за нарушение его условий (например, в виде обязанности возместить убытки).

Преимущественно процессуальная сфера действия соглашения предreshает вопрос о применимом праве: действие соглашения о подсудности определяется процессуальными правилами, и в случае коллизии с иностранным законом суд должен руководствоваться правом своего государства. Следовательно, существует опасность, что действие соглашения окажется нескоординированным. По праву выбранного сторонами суда соглашение может быть действительным, однако дерогационный суд, руководствуясь законодательством своего государства, признает его недействительным и примет к своему производству дело, подсудность которого была изменена этим соглашением. На стадии исполнительного производства, если оно будет осуществляться за границей, вновь может возникнуть вопрос о действительности соглашения и его соблюдении. Какое решение будет принято, зависит от процессуальных правил, которым подчинен суд исполнительного производства. При отсутствии международно-правового координирующего регулирования прогнозировать трансграничное действие соглашения о подсудности практически невозможно, что делает этот инструмент непригодным для использования.

В Гаагской конвенции о соглашениях о выборе суда 2005 г. предлагается следующее регулирование указанных аспектов соглашения о международной подсудности. Прежде всего компетенция суда, основанная на соглашении, считается исключительной, если сторонами прямо не предусмотрено иное (п. "b" ст. 3). Другими словами, Конвенция устанавливает презумпцию дерогационного действия соглашения о выборе суда. Далее в ней предусматривается, что суд государства, выбранный сторонами посредством соглашения, обладает компетенцией разрешить спор (п. 1 ст. 5), а не являющийся выбранным суд другого государства обязан приостановить или прекратить производство по такому спору (ст. 6). Наконец, Конвенция предусматривает, что решение, вынесенное судом государства, компетенция которого основывалась на соглашении сторон, должно исполняться в других государствах-участниках (п. 1 ст. 8). Во всех этих случаях суды могут проверять действительность соглашения о подсудности, но при этом они должны руководствоваться правом государства, суд которого выбран сторонами. Таким образом, Конвенция обеспечивает пророгационное и дерогационное действие соглашения, исполнимость судебных решений и устанавливает единый вариант определения права, применимого для проверки действительности соглашения. Предлагаемое регулирование существенно повышает эффективность соглашений о международной подсудности. Однако до вступления Конвенции в силу о нем можно говорить только лишь *de lege ferenda*.

7.1. Действие соглашения в соответствии с правом Российской Федерации и международными договорами с ее участием

Рассмотрим сначала ту модель регулирования соглашения о подсудности, которая используется в действующих договорах о правовой помощи с участием Российской Федерации. Ее типичный вариант немногосложен и выражается тремя предложениями <1>: "Суды Договаривающихся Сторон рассматривают дела и в других случаях, если об этом имеется письменное соглашение сторон. При наличии такого соглашения суд прекращает производство по делу по заявлению ответчика, если такое заявление сделано до представления возражений по существу иска. Исключительная компетенция судов не может быть изменена соглашением сторон".

<1> Ряд договоров о правовой помощи, если они касаются регулирования соглашений о подсудности, ограничиваются указанием лишь на возможность изменения определенных видов

подсудности. См., например: абз. 2 п. 2 ст. 36, абз. 2 п. 3 ст. 44 Договора с Республикой Польша от 16 сентября 1996 г.; абз. 2 п. 2 ст. 32, абз. 2 п. 3 ст. 40 Договора с Республикой Куба от 14 декабря 2000 г.; абз. 2 п. 3 ст. 24, абз. 2 п. 3 ст. 26 Договора с Монголией от 20 апреля 1999 г.; абз. 2 п. 2 ст. 36, абз. 2 п. 3 ст. 44 Договора с Социалистической Республикой Вьетнам от 25 августа 1998 г.

Первое предложение обосновывает пророгационный эффект соглашения. В нем фиксируется право и обязанность суда рассматривать спор, который в соответствии с соглашением сторон отнесен к его компетенции. Стороны не могут изменить подсудность дел, находящихся в исключительной компетенции. Об этом по сути говорит третье предложение, определяя тем самым границу диспозитивной подсудности. Во втором предложении устанавливается презумпция дерогационного эффекта пророгационного соглашения и определяются условия, при которых оно наступает. Очевидно, что прекратить производство предписывается суду, в который был заявлен иск в нарушение соглашения о подсудности.

Необходимо заметить, что договоры о правовой помощи не в полной мере отвечают тем отношениям, которые могут сложиться между участниками процесса. Предположим, истец предъявляет иск в российский суд по месту жительства ответчика. Ответчик, указав на оговорку об исключительной подсудности дела украинским судам, оспаривает компетенцию российского суда. Принимается определение о прекращении производства (п. 2 ст. 21 Минской конвенции). Истец обращается в украинский суд, но тот может признать оговорку о подсудности недействительной, сделать вывод об отсутствии у него компетенции и прекратить производство. Определение российского суда о прекращении производства по причине нарушения соглашения о подсудности не имеет для украинских органов юстиции преюдициального значения в части установления факта действительности соглашения, поскольку речь идет о судебном постановлении по процессуальным вопросам, не относящимся к судебным решениям, которые государства-участники обязуются взаимно признавать и исполнять в соответствии со ст. 51 Минской конвенции. В результате истец оказывается лишенным права на судебную защиту. Повторному предъявлению иска в российский суд будет препятствовать ст. 221 ГПК РФ или ч. 3 ст. 151 АПК РФ (в случае прекращения производства по делу повторное обращение в арбитражный суд по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается).

Это нежелательное последствие могло бы быть устранено, если бы международный договор допускал возможность приостановления производства в *forum derogatum*. Тогда, если выбранный сторонами суд признает пророгационное соглашение недействительным, за истцом сохраняется право вести процесс в суде, в который был предъявлен иск в соответствии с правовыми нормами о подсудности. Представляется также достижимой договоренность государств об определении международной подсудности по принципу приоритета, согласно которому суд государства, который первый решал вопрос о принятии искового заявления, наделен властью окончательно установить, находится ли дело в его компетенции или в компетенции судов иного государства. При таком регулировании в данном казусе определение российского суда, в котором было установлено, что дело в силу пророгационного соглашения находится в компетенции украинских судов, подлежало бы признанию на территории Украины.

Положение международных договоров о дерогационном действии соглашения является диспозитивной нормой. Оно применимо, если стороны прямо не договорились об ином, например, в виде оговорки о сохранении права обратиться в иной суд или суды. Это следует из принципа свободы договора, который в данном случае выражается в праве сторон определить подсудность спора с учетом их индивидуальных интересов.

Отечественное процессуальное право не устанавливает презумпцию исключительной компетенции выбранного сторонами суда. Из предусматриваемого в ст. 32 ГПК РФ и ст. 37 АПК РФ права сторон изменить территориальную подсудность дела прямо не следует, что основанная на соглашении судебная компетенция является исключительной. Указанные нормы не позволяют интерпретировать согласие стороны на юрисдикцию определенного суда как отказ от законодательно установленной подсудности. Этот отказ должен быть либо прямо выражен в соглашении сторон, либо предусматриваться правовой нормой.

В российском законодательстве такая норма имеется в ч. 1 ст. 249 АПК РФ, которая гласит: "В случае если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что арбитражный суд в Российской Федерации обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности, арбитражный суд в Российской Федерации будет обладать **ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОЙ** (выделено мной. - Н.Е.) компетенцией по рассмотрению данного спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда".

Согласно этой норме дерогационное действие соглашения состоит в исключении компетенции всех иностранных судов, если стороны подчинили свой спор компетенции арбитражного суда в Российской Федерации. В то же время из нее не следует, что если стороны

выбрали иностранный суд, то тем самым они исключили российскую юрисдикцию. Таким образом, в данном случае дерогационный эффект соглашения является односторонним, поскольку он касается лишь компетенции судов иностранных государств и не распространяется на компетенцию российских судов. Иной является дерогация, предусматриваемая международными договорами о правовой помощи: выбор сторонами судов одного государства-участника договора исключает компетенцию судов других государств-участников, среди которых может быть и Российская Федерация.

В ст. 249 АПК РФ дерогация безоговорочно связывается с фактом заключения соглашения, в котором стороны определили, что арбитражный суд в Российской Федерации обладает компетенцией. Означает ли это, что если стороны в своем соглашении сделали оговорку о сохранении права обратиться в суды другого государства, то такая оговорка недействительна и арбитражный суд в Российской Федерации не лишается исключительной компетенции в силу ч. 1 ст. 249 АПК РФ? С положительным ответом, следующим из буквального толкования закона, вряд ли можно согласиться. Как и при толковании положений международных договоров, следует исходить из диспозитивного характера этой нормы. В силу принципа свободы договора она применима, если стороны прямо не договорились об ином.

Итак, в российском праве дерогационный эффект определяется по-разному. Во-первых, для соглашений о территориальной подсудности он имеет место только как прямо выраженное условие соглашения, например, если стороны договариваются об исключительной компетенции суда. Во-вторых, для соглашений с участием иностранного лица исключительная компетенция арбитражных судов в Российской Федерации следует в силу прямого предписания закона (ч. 1 ст. 249 АПК РФ). В-третьих, пророгационным соглашением, подпадающим под действие международного договора о правовой помощи с участием Российской Федерации, может устанавливаться исключительная компетенция как российских, так и зарубежных судов.

Применение этих различных режимов к соглашению о подсудности смешанного вида иллюстрируется следующим казусом. В договоре между украинским предпринимателем, проживающим преимущественно в г. Санкт-Петербурге, и российской организацией, находящейся в Москве, имеется оговорка о подсудности: споры, которые могут возникнуть из настоящего договора, рассматриваются арбитражным судом г. Москвы. Кроме того, в нем указано, что местом исполнения договора является Санкт-Петербург. Украинский предприниматель намерен предъявить иск к российской организации в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, руководствуясь ч. 4 ст. 36 АПК РФ (подсудность по месту исполнения договора) и полагая, что оговорка в договоре не затрагивает его права на предъявление иска в любой арбитражный суд Российской Федерации, обладающий предусмотренной АПК РФ компетенцией. Имеет ли он на это право?

Позиция истца в данном деле представляется обоснованной. Российское право исходит из разграничения понятий территориальной и международной подсудности, а также из соглашения о территориальной подсудности и соглашения о подсудности с участием иностранных лиц (соглашения о международной подсудности), устанавливая для них разные правила. Одна из особенностей регулирования соглашения о международной подсудности состоит в презумпции его дерогационного эффекта. Распространение этой презумпции на соглашения о территориальной подсудности посредством расширительного толкования соответствующих предписаний или аналогии закона либо права недопустимо, поскольку речь идет о правиле, исключающем действие конституционного права лица на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Такие правила могут устанавливаться только прямыми предписаниями федерального закона или международного договора.

В данном казусе оговорка о подсудности выполняет двойную функцию, являясь одновременно соглашением и о территориальной, и о международной подсудности. Как соглашение о международной подсудности она подпадает под действие Минской конвенции и при соответствующих условиях, поскольку в ней прямо не выражена иная договоренность сторон, обладает дерогационным эффектом, устанавливая исключительную компетенцию арбитражных судов в Российской Федерации (п. 2 ст. 21 Конвенции). Как соглашение о территориальной подсудности она подчиняется ст. 37 АПК РФ, которая, в отличие от указанного положения Минской конвенции, не придает ей дерогационного свойства, поэтому оговорка лишь дает основание для обращения в Арбитражный суд г. Москвы, но не исключает предусмотренную законом компетенцию иных арбитражных судов.

Объективные границы соглашения в части того, какой именно суд наделяется компетенцией и относительно какого дела, определяются договоренностью сторон. В этой связи формулировка соответствующих условий соглашения должна отвечать некоторому стандарту четкости и однозначности (см. подп. "а" п. 3.4 ч. 3 настоящей главы). Тем не менее даже при выполнении этого требования не исключаются спорные ситуации. Например, оговорка о подсудности касается требований, которые могут возникнуть из договора купли-продажи. Проданный товар причинил покупателю ущерб. Покупатель не уверен, сможет ли он получить достаточную компенсацию в

соответствии с условиями договора, поэтому он намерен также реализовать требование из обязательства вследствие причинения вреда. Распространяется ли оговорка о подсудности и на это требование? Или продавец поставил покупателю не тот товар и намерен добиться его возврата? Если он свое требование выводит из обязанности ответчика возратить неосновательное обогащение, может ли он предъявить иск в соответствии с оговоркой о подсудности? Приведем пример иного плана. В договоре капитального строительства содержится оговорка о подсудности: "...споры, которые могут возникнуть из настоящего договора, рассматриваются арбитражным судом в Российской Федерации по месту нахождения подрядчика". В дополнение к нему заключаются договоры о поставке и монтаже оборудования, о поставке запчастей, об обучении персонала, в которых нет ни собственных оговорок о подсудности, ни прямых указаний на применимость соответствующих условий основного договора. В какой суд надлежит обращаться при возникновении споров из этих дополнительных соглашений?

В доктрине высказывается мнение, что при определении границ действия соглашения о подсудности не следует руководствоваться исключительно формальными признаками. Необходимо учитывать не только буквальный смысл использованных в нем формулировок, но и обстоятельства, которые стороны принимали или должны были принимать во внимание, договариваясь о сфере его применения. По общему правилу содержащаяся в договоре оговорка о подсудности распространяется на споры, связанные с теми условиями договора, которые появились в нем после его заключения, а также возникшие из соглашений, которые хотя и являются формально самостоятельными, однако фактически с ним связаны и с экономической точки зрения являются по отношению к нему подчиненными <1>. При таком подходе перед судом ставится задача выяснить содержание согласованной воли, выраженной сторонами относительно определения круга дел, подсудность которых они изменяют в договорном порядке.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-335.

Представляется возможным учитывать также критерий, вытекающий из концепции удобного места судебного разбирательства (см. п. 1.3 ч. 1 настоящей главы). В частности, суд, наделенный соглашением сторон компетенцией рассматривать споры из договора купли-продажи, может отказаться от рассмотрения иска об ответственности за вред, причиненный товаром, как спора из деликта на том основании, что этот иск должен разрешаться по существу с применением иностранного права, в то время как отношения сторон по договору купли-продажи подчинены праву места суда. Либо, напротив, суд может признать, что он обладает компетенцией рассматривать и требование из договора купли-продажи, и требование из деликта, поскольку к ним будет применяться право места суда.

7.2. Подсудность требования о зачете

Практическое значение имеет вопрос: может ли требование, отнесенное по договоренности сторон к исключительной компетенции определенного суда, быть заявлено в процессе, который осуществляется в ином суде, для зачета с иском притязанием, в особенности если иметь в виду, что подсудность требования о зачете может определяться особым образом? Так, в соответствии с Кишиневской конвенцией требование о зачете, вытекающее из того же правоотношения, что и основной иск, подлежит рассмотрению в суде, который рассматривает основной иск (п. 2 ст. 24).

В данном случае речь идет не о встречном иске, а об особом средстве защиты, следующем из регулирования, подобного тому, которое предусматривается ст. 410 ГК РФ или § 387 и сл. ГГУ. Поскольку в соответствии с указанными нормами обязательство прекращается полностью или частично зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил, и для этого достаточно заявления одной стороны о зачете, то ответчик может это заявление сделать в процессе либо сослаться на то, что такое заявление уже имело место. Суд компетентен проверить допустимость зачета или истинность утверждений истца о зачете. Позитивный результат ведет к полному или частичному прекращению права, составляющего предмет искового требования. Коллизии договорной и специальной подсудности требования о зачете решаются по-разному.

Федеральный суд Германии признал приоритет договорной подсудности в следующей ситуации. Между несколькими организациями, одни из которых находились во Франции, другие - в Германии, был заключен долгосрочный договор, содержащий оговорку о подсудности споров, согласно которой все споры из этого договора отнесены к компетенции Торгового суда Парижа. При осуществлении договора возникли задолженности по оплате поставок. Порядок их погашения был урегулирован отдельным договором без каких-либо оговорок о подсудности. Когда условия этого договора были нарушены, иск о взыскании долга был предъявлен по месту нахождения ответчика в Земельный суд г. Хагена (Германия). В ходе начатого процесса ответчик предъявил к зачету встречное требование, основанное на первом договоре. Истец против этого возразил,

ссылаясь на то, что рассмотрение заявленного встречного требования, согласно оговорке о подсудности, находится в исключительной компетенции французского суда. Земельный суд встречное требование к рассмотрению по существу не принял, полагая, что оно заявлено с нарушением договорной подсудности. Высший земельный суд г. Хамма (апелляционная инстанция), напротив, в оговорке о подсудности не обнаружил какого-либо прямо предусмотренного или подразумеваемого условия, которое запрещало бы предъявить требование о зачете в иной суд помимо парижского, и поэтому счел допустимым учесть его при пересмотре дела. Федеральный суд решение апелляционной инстанции отменил <1>.

<1> Решение Федерального суда от 20 декабря 1972 г. // BGHZ 60, 85.

Федеральный суд признал обоснованность требования о зачете с точки зрения подлежащего применению германского материального права, однако отверг его допустимость по процессуальным соображениям. Согласно германской судебной практике если ответчик заявляет о том, что исковое требование погашается посредством зачета встречного требования, то он тем самым использует средство защиты в виде возражения, которое основано на юридических фактах, прекращающих субъективное право истца. При этом требование о зачете не становится предметом судебного производства, поскольку речь идет не о встречном иске, а о средстве защиты <1>. Предметом производства остается только исковое требование. По общему правилу, только ориентируясь на него, решается вопрос о подведомственности и подсудности. Однако действие этого правила ограничивается постольку, поскольку принятое по делу решение имеет преюдициальное значение для встречного требования (абз. 2 § 322 ГПУ) <2>.

<1> Решение Федерального суда от 11 ноября 1971 г. // BGHZ 57, 243.

<2> Абзац 2 § 322 ГПУ Германии гласит: "Если ответчик предъявил к зачету встречное требование, то судебное постановление об отсутствии встречного требования обладает законной силой в пределах предъявленной к зачету суммы".

Так, согласно практике Федерального суда решение о существовании заявленного для зачета встречного требования не может быть принято, если это требование не находится в германской юрисдикции <1> или оно заявлено с нарушением подведомственности <2>. В этих случаях императивные нормы процессуального права препятствуют тому, чтобы суды общей юрисдикции принимали постановления, предвещающие существование встречного требования. В рассматриваемом деле речь идет не об императивных нормах, регулирующих судебную компетенцию, а о соглашении, которым стороны изменили территориальную и одновременно международную подсудность.

<1> Решение Федерального суда от 10 января 1956 г. // BGHZ 19, 341. Встречное требование, основанное на предположительно неправомерных действиях Объединенного экспортно-импортного агентства, которое было создано на территории Западной Германии оккупационными властями и обладало судебным иммунитетом.

<2> Решение Федерального суда от 11 января 1955 г. // BGHZ 16, 124. В суд общей юрисдикции было заявлено требование, относящееся к компетенции судов по административным делам.

Возникает вопрос: содержится ли в этом соглашении о подсудности также и условие, в соответствии с которым стороны могут заявить требование о зачете, подпадающее под действие соглашения о подсудности, только в выбранном ими парижском суде? В германской судебной практике признаются допустимыми договоры, в которых стороны принимают на себя обязанность к определенному поведению в процессуальных отношениях, в том числе обязанность при производстве в определенном суде не заявлять требование о зачете, которое по соглашению сторон должно рассматриваться в третейском суде <1>.

<1> Решение Федерального суда от 22 ноября 1962 г. // BGHZ 38, 254.

В рассматриваемом деле, по мнению Федерального суда, также необходимо следовать данному правилу. При этом суд учитывает качественное отличие соглашения о подсудности от арбитражного соглашения. Соглашения о подсудности, как правило, предусматривают компетенцию государственного суда по месту жительства или месту нахождения одной из сторон. Преследуемый здесь интерес не связан с тем, что сторона, к месту жительства которой привязывается место судебного разбирательства, рассматривает выбранный суд как более квалифицированный по сравнению с судом по месту жительства ее контрагента. Соглашение о

территориальной подсудности подчинено преимущественно интересам одной из сторон, полагающей, что вести процесс в ближайшем для нее суде более удобно, чем в отдаленном суде.

По представлению Федерального суда посредством арбитражного соглашения стороны изымают определенные споры из компетенции государственных судов и передают их частным третейским судам. Те соображения удобства, которые обнаруживаются в соглашении о подсудности, здесь не имеют решающего значения. Определяющим фактором является желание сторон все споры из определенного правоотношения изъять из ведения государственного суда и передать для рассмотрения в третейский суд как суд их доверия. В этом аспекте арбитражное соглашение схоже с соглашением, по которому стороны из различных стран в договорах, касающихся трансграничных поставок товаров или оказания услуг, наделяют исключительной компетенцией суды государства одной из сторон. Таким соглашением обеспечивается не только удобное место судебного разбирательства, как в случае соглашения о территориальной подсудности, когда стороны выбирают между судами в Кельне или Мюнхене. Фактор такого рода удобства играет в соглашениях о международной подсудности второстепенную роль. Сторона, оговорившая для себя возможность вести процесс в суде своего государства, получает юридическую гарантию того, что спор с ее участием будет рассматриваться не в чужой стране, а в ее государстве, организацию и функционирование которого она знает, языком которого она владеет и с которым она соединена разнообразными связями. Кроме того, международная подсудность определяет процессуальное право, в соответствии с которым будет осуществляться процедура судебного разбирательства по делу, а также влияет на выбор материального права, на основе которого это дело будет разрешаться по существу. Все это в совокупности составляет интерес, который по своей значимости не уступает интересу, преследуемому стороной при заключении арбитражного соглашения, что и в данном деле позволило Федеральному суду применить правило, выработанное судебной практикой по отношению к арбитражному соглашению: соглашение об исключительной международной подсудности допускает предъявление к зачету требования, на которое оно распространяется, только в суд, выбранный сторонами.

Иначе вопрос о допустимости предъявления к зачету встречного требования, относительно которого имеется соглашение об исключительной подсудности, решен Судом ЕС в следующем деле. Между фирмой Николауса Мета по производству окон (Германия) и фирмой Гласеталь (Франция) был заключен договор поставок стекла. Стороны договорились о том, что возможные требования фирмы Мета к фирме Гласеталь будут находиться в юрисдикции французских судов, а требования фирмы Гласеталь к фирме Мета - в юрисдикции германских судов. Для взыскания задолженности по оплате части поставок стекла Гласеталь предъявила иск к Мету в германском суде. В начатом производстве по этому иску германская сторона заявила для зачета встречное требование о возмещении убытков, вызванных задержкой поставок и ненадлежащим исполнением обязанностей со стороны истца. Высший земельный суд Кобленца, действуя в качестве апелляционной инстанции, данное требование отклонил, ссылаясь на то, что оно заявлено ответчиком с нарушением соглашения о подсудности. В последующем принятое постановление, поскольку речь шла о применении ст. 17 Брюссельской конвенции, послужило поводом для обращения за разъяснением в Суд ЕС, который в своей позиции исходил из двух соображений - свободы сторон выбрать наиболее удобное для них место суда и процессуальной экономии. В результате он пришел к следующему выводу: ст. 17 Конвенции не следует истолковывать таким образом, что она в случае соглашения о подсудности данного типа препятствует суду рассматривать заявленное в порядке зачета требование, которое связано со спорным правоотношением <1>. В сущности, это означает, что если стороны своим соглашением прямо не исключили возможность требования о зачете, то ст. 17 это запрещение не предусматривает.

<1> Решение Суда ЕС от 9 ноября 1978 г. по делу N 23/78 Nikolaus Meeth v. Glacetal (п. 9).

Позиции Федерального суда Германии и Суда ЕС расходятся. Однако расхождение в определенной мере обусловлено различием обстоятельств дел. В первом из них соглашению о международной подсудности противостояла подсудность, определяемая нормами позитивного права, во втором речь шла о конкуренции двух вариантов договорной подсудности, касающихся одного и того же комплекса правоотношений между одними и теми же лицами. Эти особенности снижают действенность факторов, которые, по мнению Федерального суда, оправдывают присутствие в соглашении об исключительной международной подсудности подразумеваемого условия о недопустимости зачета встречного требования, заявленного с нарушением договорной подсудности. Во втором деле стороны договорились о двусторонней подсудности: французская фирма согласилась на компетенцию германского суда, а германская - на компетенцию французского суда. Следовательно, обе стороны в принципе не считают ведение процесса в иностранном суде чрезмерным обременением. Их соглашение диктовалось тем соображением удобства, которым руководствуются стороны при изменении территориальной подсудности спора.

Поэтому вопрос о допустимости требования, заявляемого для зачета, может решаться иначе: с учетом принципа процессуальной экономии и без распространения на это требование дерогационного эффекта соглашения о подсудности.

7.3. Подсудность встречного иска

Подсудность встречного иска регулируется особым образом. Примером может служить положение ГПК РФ, позволяющее предъявлять встречный иск по месту рассмотрения первоначального иска (ч. 2 ст. 31). В этой связи возникает вопрос: допустимо ли в производстве, которое начато в выбранном сторонами суде, предъявить встречный иск относительно требования, на которое соглашение о подсудности не распространяется? Или, напротив, создает ли соглашение об исключительной подсудности (при отсутствии прямо выраженной воли сторон на этот счет) препятствие для предъявления встречного иска относительно требования, на которое это соглашение распространяется?

Согласно АПК РФ встречный иск независимо от его подсудности предъявляется в арбитражный суд по месту рассмотрения первоначального иска (ч. 10 ст. 38). При этом подсудность встречного иска является исключительной и поэтому изменяться соглашением сторон не может. Поскольку ст. 38 Кодекса в целом посвящена исключительной подсудности и указанное предписание завершает регулирование обозначенного предмета, то оно не может трактоваться иначе как правило, дающее истцу по встречному иску право настаивать на рассмотрении его требования, даже если оно по соглашению сторон отнесено к исключительной компетенции иного арбитражного суда или законом для него предусмотрена иная подсудность.

Действует ли это правило в случае соглашения о международной подсудности? Минская и Кишиневская конвенции о правовой помощи предусматривают, что встречный иск и требование о зачете, вытекающие из того же правоотношения, что и основной иск, подлежат рассмотрению в суде, который рассматривает основной иск (п. 2 ст. 22 и п. 2 ст. 24 соответственно). Категоричность формулировки дает повод для вывода об исключительной подсудности встречного иска и требования о зачете. Однако буквальное толкование здесь вступает в противоречие с правом сторон на выбор наиболее оптимального для них места разрешения спора (см. п. 1.4 ч. 1 настоящей главы). Специальная подсудность встречного иска оправдывается принципом процессуальной экономии, интересом ответчика и стремлением избежать противоречивых судебных решений <1>. Однако все эти факторы вряд ли следует рассматривать в качестве достаточных оснований для запрета договорного регулирования подсудности встречного иска, в особенности если учесть, насколько важным для участников внешнеэкономической деятельности может быть точное определение места возможного судебного разбирательства.

<1> Гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2007 // СПС "КонсультантПлюс".

Обратимся к российскому законодательству. Предположим, в Арбитражном суде г. Москвы рассматривается спор с участием иностранного лица. Ответчик предъявляет встречный иск относительно требования, которое по договоренности сторон отнесено к исключительной компетенции Высокого суда Англии. Вправе ли Арбитражный суд г. Москвы в соответствии с нормами АПК РФ принять встречный иск к производству?

Нормы АПК РФ, касающиеся соглашений о международной подсудности, предусматривают пророгационное действие соглашения: компетенция арбитражных судов в Российской Федерации может быть основана на соглашении сторон (ч. 3 ст. 247), и его дерогационное действие - соглашение о наделении арбитражных судов в Российской Федерации компетенцией рассматривать их спор - исключает компетенцию иностранных судов (ч. 1 ст. 249). Однако эта дерогация является односторонней и не означает исключение компетенции российских судов. В то же время нормы АПК РФ не содержат запрета на такие соглашения о международной подсудности, которые исключают компетенцию российских судов (см. п. 7.1 ч. 7 настоящей главы). Допустимые пределы изменения международной подсудности определяются положениями ст. 248 АПК РФ. Среди установленного в ней перечня дел, отнесенных к исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации, встречный иск не фигурирует. Таким образом, соглашение об исключительной компетенции Высокого суда Англии в принципе совместимо с арбитражным процессуальным законодательством. Допустимой будет и оговорка, запрещающая нарушать соглашение о международной подсудности посредством предъявления встречного иска.

Проблема, в сущности, возникает в ситуации, когда стороны, заключая соглашение об исключительной международной подсудности, запрет встречных исков прямо не оговаривают. Следует ли исходить из того, что в таком соглашении этот запрет также присутствует? Если воспользоваться аналогией закона (см. подп. "в" п. 2.2 ч. 2 настоящей главы) и руководствоваться ч. 10 ст. 38 АПК РФ, то следует дать отрицательный ответ. Однако в этом случае аналогия закона

приводит к недопустимости договорного изменения международной подсудности для встречного иска. Другими словами, соглашение о международной подсудности не может гарантировать того, что определенные дела будут рассматриваться только в судах определенного государства, поскольку оговорка о недопустимости предъявления требования посредством встречного иска в судах иных государств будет считаться недействительной. Таким образом, устанавливается по существу исключительная компетенция арбитражных судов в Российской Федерации рассматривать любые встречные иски.

Такое толкование закона вряд ли можно считать правильным. Оно не соответствует основным задачам, для решения которых предназначено соглашение о международной подсудности. Оно расходится и с регулированием, предусмотренным нормами ГПК РФ. В них правило о подсудности встречного иска находится за границами статьи об исключительной подсудности (ст. 30) и является разновидностью подсудности по связи дел (ч. 2 ст. 31). Эта подсудность не отнесена законом к тому виду судебной компетенции, которая не может изменяться по соглашению сторон. Таким образом, действие такого соглашения может распространяться и на требования, предъявляемые во встречном иске. Аналогичный подход прослеживается и в европейском праве.

Пункт 3 ст. 6 Регламента позволяет предъявить встречный иск в порядке отступления от общих правил подсудности в суде, осуществляющем производство по первоначальному иску. Однако это правило не указано в числе тех, которые не могут изменяться посредством соглашения о подсудности (абз. 5 ст. 23). Считается, что стороны могут договориться и о подсудности встречного иска. Должна ли такая договоренность быть прямо выраженной или она предполагается в любом соглашении о подсудности, коль скоро оно, согласно предл. 2 абз. 1 ст. 23, обосновывает исключительную компетенцию суда, - вопрос спорный. Предпочтение первой альтернативе отдают, например, профессора Р. Гаймер и Р. Шютце <1>. В пользу второй высказывается профессор Я. Кропхоллер <2>.

<1> Geimer R., Schutze R. *Europaisches Zivilverfahrensrecht*. Munchen: Beck, 1997. S. 343.

<2> Kropholler J. *Op. cit.* S. 270 - 271.

В германской судебной практике также отдается предпочтение презумпции запрета на предъявление иска в *forum derogatum*. Фирма, находящаяся в Нюрнберге, поставляла станки американскому предприятию в г. Нью-Йорк. Договор содержал оговорку: "Все возникающие из отношений по настоящему договору споры должны предъявляться в суд по месту нахождения поставщика. Поставщик вправе также предъявить иск по месту нахождения заказчика". Для взыскания задолженности по оплате поставки фирма обратилась в суд г. Нью-Йорка. Ответчик предъявил встречный иск о компенсации расходов, которые он понес для устранения неисправностей станков. Истец заявил ходатайство о переносе рассмотрения встречного иска, однако суд вынес против него заочное решение. Выигравшая сторона обратилась в германский суд с заявлением о приведении в исполнение этого решения на территории ФРГ. Согласно п. 1 абз. 1 ст. 328 ГПУ Германии признание решения иностранного суда исключается, если суды государства, которому принадлежит соответствующий иностранный суд, по германским законам не обладают компетенцией. Между сторонами возник спор по поводу того, обладал ли нью-йоркский суд согласно германскому закону компетенцией рассматривать встречный иск. Этот вопрос был решен в пользу фирмы-поставщика.

По мнению Федерального суда, нью-йоркский суд в соответствии со ст. 33 ГПУ Германии, которая допускает предъявление встречного иска в суд, осуществляющий производство, если встречное требование связано с заявленным в иске требованием или со средствами защиты, использованными против него, мог обладать необходимой компетенцией. Установленные в указанной статье предпосылки встречного иска в данном деле имелись. Однако эту компетенцию исключает соглашение о выборе суда. Специальная подсудность, предусмотренная ст. 33 ГПУ Германии для встречных исков, не является исключительной, поэтому она может изменяться по договоренности сторон. Из текста оговорки о подсудности, действующей в отношениях между спорящими сторонами, следует, что заказчик мог предъявлять иски из договора поставки только в Нюрнберге. К числу таких исков относится и встречный иск. Ограничительное толкование оговорки в том смысле, что она не распространяется на встречные иски заказчика, противоречит интересам субъектов. Оговорка о подсудности, содержащаяся в типовых условиях сделок, создает преимущество (в тех пределах, в каких это позволительно с точки зрения позитивного права) для той стороны договора, которая имеет возможность заключить его на своих типовых условиях. Толкование оговорки в ущерб интересам этой стороны допустимо только при наличии серьезных оснований. Таковых в данном деле нет. Американское предприятие не ставится в чрезмерно невыгодное положение, если оно лишается возможности предъявить встречный иск по месту рассмотрения первоначального иска, поскольку германская фирма пошла в какой-то мере навстречу в его интересах, предъявив иск о взыскании задолженности по оплате товара в Нью-

Йорке, а не в Нюрнберге. Однако это не позволяет ему претендовать на дополнительную выгоду и получить также право на предъявление иска по месту своего нахождения. Если кто-то протянул другому палец, то это не значит, что можно схватить всю руку <1>.

<1> Решение Федерального суда от 26 марта 1969 г. // BGHZ 52, 30.

7.4. Компетенция суда принимать обеспечительные меры

АПК РФ допускает возможность принятия предварительных (до предъявления иска) обеспечительных мер, устанавливая при этом особую подсудность: "ЗАЯВЛЕНИЕ ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ ПОДАЕТСЯ В АРБИТРАЖНЫЙ СУД ПО МЕСТУ НАХОЖДЕНИЯ ЗАЯВИТЕЛЯ ЛИБО ПО МЕСТУ НАХОЖДЕНИЯ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ ИЛИ ИНОГО ИМУЩЕСТВА, В ОТНОШЕНИИ КОТОРЫХ ЗАЯВИТЕЛЬ ХОДАТАЙСТВУЕТ О ПРИНЯТИИ МЕР ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ, ЛИБО ПО МЕСТУ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ЗАЯВИТЕЛЯ" (выделено мной. - Н.Е.) (ч. 3 ст. 99). Аналогичные правила имеются и в праве зарубежных стран. Например, согласно Регламенту в суд государства - участника Соглашения может быть подано заявление о принятии обеспечительных мер, предусмотренных правом этого государства, даже если в соответствии с настоящим Регламентом суды другого государства обладают юрисдикцией в отношении существа дела (ст. 31). В связи с этим возникает вопрос: если стороны наделяют компетенцией суды некоторого государства рассматривать определенные дела, означает ли это, что их соглашение в пророгационном и дерогационном аспектах также распространяется на компетенцию суда рассматривать заявление о предварительных обеспечительных мерах по поводу таких дел?

Создатели Гаагской конвенция 2005 г. воздержались от прямого ответа на данный вопрос. В соответствии со ст. 7 временные обеспечительные меры Конвенцией не регламентируются. Она не устанавливает обязанности и не исключает возможности предоставления обеспечительных мер судом договаривающегося государства, а также не влияет на возможность стороны запросить или на необходимость для суда предоставить такие меры. Таким образом, вопрос о допустимости заявления об обеспечительных мерах должен решаться по праву суда, в который это заявление подано, с учетом условий соглашения о подсудности.

Согласно доктрине пророгационный эффект соглашения, несомненно, распространяется и на предварительные обеспечительные меры. По этой причине, в частности, соглашением сторон, подпадающим под действие Регламента, нейтрализуются положения внутреннего законодательства, предусматривающие исключительную компетенцию суда принимать обеспечительные меры <1>. Следовательно, сторона вправе обратиться с ходатайством о принятии таких мер в суд, наделенный компетенцией в силу их соглашения. Представляется также очевидным, что речь может идти лишь о мерах, направленных на обеспечение требований, подпадающих под действие соглашения о подсудности.

<1> Geimer R. Internationales Zivilprozessrecht. S. 456.

Относительно дерогационного действия соглашения одни авторы (применительно к соглашениям, подчиненным ст. 17 Брюссельской конвенции) считают, что оно предполагается присутствующим и препятствует праву обратиться в *forum derogatum* с заявлением о принятии обеспечительных мер <1>. Другие рассматривают такое толкование соглашений слишком широким. Оно противоречит ст. 31 Регламента (ст. 24 Конвенций), позволяющей стороне ходатайствовать о принятии обеспечительных мер в суде любого государства-участника. Кроме того, нередко такие меры являются реакцией на умышленное нарушение договорных обязательств и не терпят задержек. Если же по условиям соглашения о подсудности кредитор будет вынужден обращаться в суды только определенного государства, хотя это было бы удобнее сделать в иных судах, в частности, по месту нарушения договора или месту нахождения имущества должника, то эффективность обеспечительных мер существенно снижается <2>.

<1> Kropholler J. Op. cit. S. 272.

<2> Auer S. Op. cit. S. 606-369.

7.5. Соглашение о подсудности и привлечение третьего лица к участию в деле

В соответствии с нормами российского права по ходатайству стороны или по инициативе суда к участию в деле могут быть привлечены третьи лица, если судебный акт, который будет принят в результате разбирательства, может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон (ч. 1 ст. 43 ГПК РФ; ч. 1 ст. 51 АПК РФ). В праве других стран имеются

аналогичные положения (§ 66 и сл. ГПУ Германии). Распространенным является также вариант привлечения третьего лица посредством предъявления ему особого иска, например иска о контрибуции (claim for contribution) <1> или иска о перенесении на него полной ответственности (claim for indemnity) <2> согласно п. 20.6 (1) ПГС Англии. В Регламенте иски, выполняющие подобную функцию, обозначены как иски, основанные на гарантии (actions on a warranty or guarantee), и для них установлена специальная подсудность: они заявляются в суд, осуществляющий производство по первоначальному иску (п. 2 ст. 6). Допустимо ли в производстве, которое осуществляется в выбранном сторонами суде, привлекать третье лицо посредством ходатайства или иска? Означает ли соглашение об исключительной подсудности запрет на привлечение к производству третьего лица, если требование, касающееся этого лица, подпадает под действие соглашения?

<1> Термин "контрибуция", согласно определению, данному в правилах, означает чье-либо право на взыскание с третьего лица всей или части суммы, которую он сам обязан уплатить (Contribution - a right of someone to recover from a third person all or part of the amount which he himself is liable to pay).

<2> Термин "indemnity" (в буквальном переводе - возмещение, погашение ответственности) также разъяснен в самих Правилах. Он означает чье-либо право на взыскание с третьего лица всей суммы, которую он сам обязан уплатить (a right of someone to recover from a third party the whole amount which he himself is liable to pay).

Положительный ответ на первый вопрос кажется очевидным, если речь идет о соглашении, изменяющем территориальную подсудность. Он следует из положений процессуального законодательства, предоставляющих сторонам право привлекать к участию в деле третьих лиц. Хотя и в этом случае возникает проблема, связанная с тем обстоятельством, что выбранный сторонами суд может оказаться для третьего лица неудобным, например, по причине удаленности от места жительства (нахождения) этого лица. Эта проблема приобретает качественно иное значение, когда третье лицо подпадает под юрисдикцию иностранного государства и должно подчиниться действующим там процессуальным правилам и нормам коллизионного права. При отсутствии специального регулирования и применения общих процессуальных норм, безусловно, допускающих привлечение третьих лиц к производству, сложности, с которыми сталкивается третье лицо при ведении процесса в иностранном суде, остаются его личными проблемами. Его интересы могли бы быть защищены правилом, разрешающим ему отказаться от участия в процессе по причине неудобного для него места суда (forum non-convenience).

Второй вопрос иллюстрируется следующей ситуацией. Фирма по поручению организации забронировала места в гостинице, а затем, также по ее поручению, от брони отказалась. Гостиница предъявила к фирме иск о компенсации убытков, вызванных отказом от договора. В начатом процессе фирма предъявляет к организации иск о перенесении на нее ответственности по предъявленному требованию. Организация оспаривает подсудность этого иска, ссылаясь на то, что согласно условиям договора поручения, регулирующим ее отношения с фирмой, все споры, которые могут возникнуть из договора, находятся в исключительной компетенции судов государства Н.

В сфере действия европейского права (ст. 23 Регламента, ст. 17 Конвенций) считается, что в этой ситуации соглашение о подсудности препятствует принудительному привлечению организации к участию в деле <1>. При этом необходимо иметь в виду, что согласно ст. 65 Регламента предусмотренные в п. 2 ст. 6 Регламента иски, посредством которых к процессу могут привлекаться третьи лица, в Австрии и Германии использованы быть не могут. Третьи лица в этих государствах могут привлекаться посредством уведомления о производстве (подобно тому, как это происходит в соответствии с нормами российского законодательства). С точки зрения германской доктрины, поскольку уведомление не требует наличия у суда компетенции, то соглашение о подсудности не лишает сторону возможности привлечь третье лицо к участию в деле <2>.

<1> Leible S. in: Europaisches Zivilprozessrecht. Kommentar. Herausgeb. Rausher. T. Munchen: Sellier. European Law Publishers, 2004. S. 149.

<2> Kropholler J. Op. cit. S. 272.

7.6. Субъективные границы действия соглашения

По общему правилу действие соглашения о подсудности распространяется на стороны этого соглашения и их правопреемников (универсальных и сингулярных). В данном случае под предметом правопреемства понимаются те материальные правоотношения, по поводу которых заключено соглашение о подсудности, а само правопреемство регулируется нормами материального права. Нормы процессуального правопреемства здесь неприменимы.

Поскольку соглашение о подсудности является частью обслуживаемых материальных отношений, регулирует один из основных аспектов юридической формы их реализации, обоснованность указанного общего правила сомнений не вызывает. В особенности если речь идет о договорной международной подсудности. Оговорка о выборе суда определенного государства повышает или снижает степень предпринимательского риска, влияет на расходы по принудительному взысканию задолженности и перспективы самого взыскания, а поэтому от нее зависят прочие условия договора сторон, в том числе стоимость продаваемого товара или предоставляемой услуги. Следовательно, уступка права требования, правопреемство вследствие, например, реорганизации юридического лица в принципе не должны влиять на действительность соглашения о подсудности, и оно следует за субъективным правом и соответствующей обязанностью, которые оно обслуживает. Заключая договор об уступке права требования, новый кредитор не может освободиться от соглашения о подсудности, которое действовало в отношениях между cedentом и должником.

На основании этих соображений определяется действие оговорки о подсудности, включенной в коносамент. Коносамент выдается перевозчиком отправителю после приема груза к перевозке, служит доказательством приема груза и удостоверяет факт заключения договора. На основании коносамента третье лицо - держатель коносамента вправе получить груз. Предположим, что груз был поврежден и грузополучатель намерен добиться компенсации убытков. Возникает вопрос: связан ли он оговоркой о подсудности, содержащейся в коносаменте? Судебная практика дает на этот вопрос положительный ответ. По мнению Суда ЕС, с передачей коносамента права и обязанности грузоотправителя переходят на держателя коносамента. Последний не может освободиться от действия оговорки о подсудности, ссылаясь на то обстоятельство, что он на нее не давал согласия <1>.

<1> Решение Суда ЕС от 19 июня 1984 г. по делу N 71/83 Tilly Russ und Ernest Russ v. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova und NV Goeminne Hout.

Соглашение о подсудности между кредитором и должником не распространяется на лицо, которое выступает в качестве поручителя, поскольку объем его обязанности перед кредитором другого лица, учитывая возможные варианты места судебного разбирательства по поводу исполнения этой обязанности, определяется самостоятельным договором.

Исключение из общего правила, определяющего действие соглашения о подсудности по лицам, имеет место в случае, когда в соглашении содержится прямая оговорка, в соответствии с которой она распространяется только на первоначальные стороны.

По мнению германского профессора Р. Гаймера, соглашение о подсудности может также действовать в отношении не участвующего в нем лица, если оно создает для него благоприятную возможность судебной защиты, т.е. речь идет о пророгационном эффекте соглашения, расширяющего возможности по выбору места суда <1>. В подтверждение автор ссылается на решение Суда ЕС по делу Russ v. Nova. В деле решался вопрос о том, действует ли оговорка о подсудности, содержащаяся в коносаменте, который связывал договорными отношениями перевозчика и отправителя груза, в отношении третьего лица - держателя коносамента. На этот вопрос был дан положительный ответ.

<1> Geimer R. Internationales Zivilprozessrecht. S. 542.

Данное мнение вряд ли следует понимать в том смысле, что любое третье лицо может воспользоваться соглашением о подсудности. Держатель коносамента, как правило, рассматривается правопреемником грузоотправителя (см. п. 7.5 ч. 7 настоящей главы), поэтому распространение на него оговорки о подсудности особых сомнений не вызывает. Если же третье лицо в договоре, содержащем оговорку о подсудности, не участвует и не является правопреемником стороны такого договора, то оно не вправе воспользоваться оговоркой. Участник общества с ограниченной ответственностью (Россия) предъявил в Арбитражный суд Томской области иск к тайландской фирме о признании недействительным договора, заключенного между ООО и этой фирмой. При выборе надлежащего суда истец руководствовался оговоркой о подсудности, включенной в указанный договор. Арбитражные суды первой и кассационной инстанций пришли к выводу, что оговорка о подсудности в договоре, который был заключен между ООО и иностранной фирмой, на участника ООО не распространяется и на основании нее он не вправе предъявить иск в арбитражный суд Российской Федерации <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 30 ноября 2006 г. по делу N Ф04-5624/2006(25900-А67-13).

8. Исполнение соглашения о международной подсудности

Исполнение соглашения выражается в том, что его стороны осуществляют право на предъявление иска в суд, наделенный компетенцией, не предъявляют иск в *forum derogatum* или оспаривают подсудность дела *forum derogatum*; выбранный сторонами суд принимает дело к рассмотрению, а суд, компетенция которого соглашением сторон исключена, воздерживается от рассмотрения соответствующего дела. Таким образом, соглашение о подсудности исполняется исключительно в судебном порядке.

Активная форма исполнения соглашения стороной посредством предъявления иска в *forum derogatum* или оспаривания подсудности *forum derogatum* осуществляется по процессуальным правилам места суда. Типичным для большинства правовых систем является правило, возлагающее на сторону бремя утверждения и доказывания факта заключения пророгационного или дерогационного соглашения.

Если в суд предъявляется иск, который в соответствии с нормами позитивного права к его компетенции не относится, истцу необходимо дать обоснование подсудности дела <1>. В иной ситуации, когда иск предъявляется в суд в соответствии с нормами позитивного права, но с нарушением дерогационного соглашения, ответчик вправе оспорить подсудность дела. В том и другом случае соответствующая сторона прежде всего должна сослаться на договоренность, предусматривающую или исключаящую компетенцию суда, а также доказать истинность своих утверждений.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 октября 2005 г. по делу N А05-3558/2005-23.

Вопрос о допустимых средствах доказывания решается в зависимости от того, какой подход в той или иной правовой системе используется при регулировании требований, предъявляемых к форме соглашения. Так, в соответствии с АПК РФ соглашение о подсудности с участием иностранного лица должно заключаться в письменной форме (ч. 2 ст. 249). Поскольку в данном случае применяется п. 3 ст. 162 ГК РФ (см. п. 5.2 ч. 5 настоящей главы), то факт заключения соглашения и его условия могут устанавливаться только письменными доказательствами. В соответствии с европейским правом, устанавливающим более либеральные требования к форме соглашения (см. п. 5.3 ч. 5 настоящей главы), допускается возможность использования практически любых доказательств, в том числе свидетельских показаний <1>.

<1> Auer S. Op. cit. S. 606-348.

Соглашение о подсудности изменяет компетенцию судебных органов. Оно является юридическим фактом, с которым связана обязанность суда рассмотреть спор или воздержаться от его рассмотрения. Очевидно, что речь идет о публично-правовой функции, которая может корректироваться соглашением частных лиц лишь в границах, установленных законом и контролируемых судом. Отсюда следует другое типичное правило исполнения соглашения о подсудности - принцип судебной активности при проверке действительности соглашения. Эта активность не отменяет указанные выше обременения сторон. Суд, в частности, не обязан проверять, существует ли между тяжущимися соглашение о подсудности, всякий раз, когда рассматривает вопрос о принятии к производству дела, отнесенного законом к его компетенции, а также принимать во внимание его дерогационный эффект, даже если ему о нем известно, когда ответчик вступает в процесс, не оспаривая подсудность. Судебная активность проявляется при проверке соблюдения императивной подсудности и при исследовании обстоятельств, которыми стороны обосновывают отступление от установленной законом судебной компетенции.

9. Ничтожность и оспоримость соглашения о международной подсудности. Последствия признания его недействительным

К соглашению о подсудности применимы понятия ничтожности и оспоримости в том смысле, что допущенное при его заключении или исполнении нарушение одних правовых норм означает безусловную недействительность соглашения, а нарушение других норм ведет к недействительности соглашения при условии, если одна из сторон его оспорит, ссылаясь на это нарушение. Обстоятельства, указывающие на ничтожность или оспоримость соглашения, следуют из условий его действительности (см. ч. 3 настоящей главы).

Соглашение о международной подсудности в этом аспекте имеет существенную особенность: его действительность может проверяться судами разных государств, а при отсутствии унифицированного международно-правового регулирования - с применением

различных правовых норм, что может приводить к противоречивым результатам (см. ч. 7 настоящей главы).

Наиболее типичным основанием ничтожности соглашения о международной подсудности является нарушение исключительной компетенции судов определенного государства, например, предусмотренной ст. ст. 26, 27, 30 и 403 ГПК РФ или ст. 248 АПК РФ. Но возможны и другие основания. Например, в соответствии с § 40 ГПУ Германии соглашение не имеет юридической силы, если сфера его действия не ограничена (буквально, если оно не касается определенного правоотношения и споров, возникающих из него) или если речь идет о споре, касающемся неимущественных требований, которые отнесены к компетенции участковых судов независимо от цены предмета спора. Согласно МЧП Италии дерогация итальянской юрисдикции не имеет силы, если выбранные сторонами суд или арбитр признают, что они не обладают компетенцией или по какой-либо причине не могут принять дело к производству. По швейцарскому законодательству соглашение недействительно, если оно направлено на необоснованное лишение одной из сторон защиты, которая обеспечивается ей подсудностью, предусмотренной швейцарским правом (п. 2 ст. 5 МЧП Швейцарии).

В практике американских судов соглашение о подсудности может быть оспорено на том основании, что оно является неразумным. Соглашение считается неразумным при наличии хотя бы одного из следующих условий: его одобрение было получено путем обмана, угрозы или принуждения; истец фактически лишается возможности вести процесс по причине существенных неудобств выбранного места суда; выбранное право явно несправедливо, поскольку лишает истца средства защиты; соглашение противоречит политике государства места суда. Под государственной политикой (*public policy*) в данном случае понимается государственный интерес в соблюдении императивных юридических предписаний, в том числе направленных на защиту прав потребителя <1>.

<1> Решение Восточного Федерального районного суда штата Нью-Йорк от 7 июля 2006 г. по делу S.K.L. Beer v. Baltika Brewery.

Контролировать соблюдение правовых норм, нарушение которых влечет ничтожность соглашения о подсудности, - прерогатива суда. Активность сторон при этом не исключается, они вправе приводить свои доводы в поддержку или в опровержение действительности соглашения, однако их поведение не может исправить те нарушения, которые ведут к ничтожности их договоренности.

Лицо, полагающее, что оно не связано соглашением о подсудности, может его оспорить. Объектом оспаривания может быть как действительность соглашения в целом, например по причине порока воли, так и отдельная сфера его применения, например, если сторона отрицает его дерогационный эффект или утверждает, что оговорка о подсудности в договоре купли-продажи заводского оборудования не распространяется на спор, возникший из договора по техническому обслуживанию этого оборудования.

Инициатива может исходить как от ответчика, оспаривающего действительность пророгационного соглашения, на основании которого истец предъявил иск в суд государства А., так и от истца. Например, если ответчик ссылается на нарушение дерогационного соглашения, а истец полагает, что на исковое требование это соглашение не распространяется.

Как правило, соглашение о подсудности оспаривается на стадии возбуждения производства. Это обусловлено предметом соглашения. Оно определяет судебную компетенцию, являющуюся предпосылкой рассмотрения дела по существу. В этой связи важно иметь в виду, что по праву многих зарубежных стран, а также в соответствии с международными договорами оспаривание подсудности, в том числе основанной на соглашении сторон, должно предшествовать представлению возражений по существу дела. Несоблюдение этого требования ведет к утрате возможности оспорить судебную компетенцию. Однако вопрос о действительности соглашения или о сфере его применения может возникнуть на стадии признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения, поскольку среди возможных оснований для отказа в таком признании и исполнении международное соглашение или внутреннее право государства указывают на отсутствие у иностранного суда компетенции (например, п. 1 ст. 423 Кодекса Бустаманте, п. 1 абз. 1 § 328 ГПУ Германии, п. "а" абз. 1 ст. 64 МЧП Италии, абз. 2 ст. 149 МЧП Швейцарии). Допустимость исполнения решения, принятого иностранным судом, компетенция которого основывалась на соглашении сторон, исключается, если будет установлено, что такое соглашение недействительно или оно не распространяется на дело, рассмотренное этим судом. Действительность соглашения проверяется с применением права государства места предполагаемого исполнения судебного решения. На это прямо указывается в германском и итальянском законодательствах. Согласно Кодексу Бустаманте должны применяться соответствующие положения этого Кодекса.

Формально не исключается возможность оспаривания посредством предъявления иска о признании соглашения недействительным, однако по соображениям процессуальной экономии такие иски не используются. Сторона, которая считает, что она не связана соглашением, либо игнорирует его при определении подсудности своего иска, возлагая тем самым бремя оспаривания на своего противника, либо сама принимает на себя это бремя, защищаясь от процессуальных действий, которые на основании соглашения предпринял ее противник.

Соглашение является правовой базой для совершения процессуальных действий. Эти действия должны подчиняться правилам, которые действуют на момент их совершения (ч. 3 ст. 1 ГПК РФ; ч. 4 ст. 3 АПК РФ). Поэтому решающим фактором является действительность соглашения на момент возбуждения производства, в том числе если рассматривается вопрос о признании и исполнении решения, принятого иностранным судом, компетенция которого основывалась на таком соглашении.

Распад СССР, кардинальная перестройка экономики и государственно-правовой системы Российской Федерации породили особые проблемы действительности соглашений о международной подсудности. В ряде случаев между сторонами действуют договоры, которые были заключены в советский период. Содержащиеся в них оговорки о подсудности ориентировались на действовавшую тогда систему судебных и арбитражных органов, а стороны при выборе форума исходили из факта существования СССР <1>. Рассмотрим несколько наиболее типичных вопросов.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 14 мая 2004 г. по делу N КГ-А40/3421-04.

Действительно ли соглашение, наделяющее компетенцией орган, название которого к моменту предъявления иска изменилось? Название судебного органа само по себе не является тем фактором, который принимается во внимание сторонами при определении подсудности спора, поэтому его изменение влияет на действительность их договоренности <1>. Если же изменение названия связано с изменением места нахождения суда, то тогда появляется основание для оспаривания соглашения. Оговорка о подсудности недействительна, если будет установлено, что сторона, против которой она используется, не дала бы на нее согласия, если бы речь шла о том месте, в которое к моменту предъявления иска переместился выбранный ими суд.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 26 января 2005 г. по делу N Ф08-6512/2004.

Действительно ли соглашение, наделяющее компетенцией орган, который к моменту предъявления иска прекратил свое существование? Отрицательный ответ представляется очевидным, однако и другое решение поставленного вопроса не исключается. Соглашение должно сохранять силу, если взамен упраздненного органа создается другой, обладающий аналогичной компетенцией и квалификацией, которые позволяют ему рассматривать соответствующую категорию дел не менее качественно, чем в прежнем органе, поскольку при этих условиях сохраняются те существенные свойства форума, которые стороны принимали во внимание при выборе места суда.

Далее, если принять во внимание двойную функцию соглашения о подсудности, то, например, оговорка в договоре с иностранным контрагентом о подчинении возможных споров Госарбитражу г. Москвы представляет собой соглашение о международной подсудности и соглашение о территориальной подсудности. В том случае, когда по причине упразднения выбранного сторонами органа соглашение о территориальной подсудности прекращается, действие соглашения о международной подсудности продолжается, поскольку, во-первых, недействительность части соглашения не влечет недействительности прочих его частей, если можно предположить, что соглашение было бы заключено и без его недействительной части (ст. 180 ГК РФ); во-вторых, неизменными остались те существенные факторы, которые стороны принимали во внимание при определении международной подсудности.

В деле ОАО "Силовые машины" (см. о нем подп. "б" п. 3.4 ч. 3 настоящей главы) соглашение о компетенции, если предположить, что оно все же было заключено, изначально не выходило за пределы юрисдикции одного государства - СССР. Что стало с соглашением после распада СССР: превратилось ли оно в силу указанного факта в соглашение о международной подсудности или этот факт ведет к недействительности соглашения? Случаи, когда соглашение о территориальной подсудности приобретает свойства соглашения о международной подсудности по причине тех или иных событий, менее неожиданных, чем распад империи, нередки, например, переезд одной из сторон на постоянное место жительства за границу или перемещение исполнения договора на территорию иностранного государства. Подобного рода события, конечно же, в большей или меньшей мере влияют на исполнение соглашения о подсудности, в частности, затрудняя ведение процесса из-за того, что место суда оказывается значительно удаленным от места жительства

стороны или места нахождения доказательств. Ведет ли это к прекращению действия соглашения, определяется по критериям, установленным в материальном праве для изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (п. 1 ст. 451 ГК РФ): действие соглашения прекращается, если обстоятельства, из которых исходили стороны при заключении соглашения, изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, соглашение вообще не было бы ими заключено или было бы заключено на значительно отличающихся условиях.

Последствия недействительности соглашения о подсудности достаточно очевидны для того процесса, в котором эта недействительность была обнаружена: предполагаемый *forum prorogatum* не приобретает компетенции и, соответственно, отказывает в рассмотрении дела по существу; предполагаемый *forum derogatum* не лишается компетенции и поэтому вправе дело рассмотреть; сторона, намеревавшаяся воспользоваться соглашением, предъявляя иск в *forum prorogatum* или оспаривая подсудность дела *forum derogatum*, не имеет этой возможности. Сложным является вопрос о последствиях для процессов, которые осуществляются или будут осуществляться в других судах и в особенности в судах других государств по тем же делам или по иным делам, подсудность которых регулировалась соглашением сторон.

По общему правилу если выбранный сторонами суд одного государства признал недействительным пророгационное соглашение, то недействительным является и его возможный дерогационный эффект, касающийся компетенции судов других государств. Суд, компетенция которого была исключена таким соглашением, должен принять дело к производству, если оно ему подсудно в соответствии с нормами позитивного права. Иначе истец лишается права на судебную защиту. Исключение из этого правила возможно в случаях, когда стороны договариваются о подсудности дела судам двух или более государств, например, суду по месту жительства продавца или суду по месту отгрузки товара. В подобных случаях вывод суда по месту жительства продавца о недействительности соглашения в принципе не связывает суд государства по месту отгрузки товара, и, поскольку сохраняется возможность осуществления альтернативного варианта пророгационного соглашения, должно сохраняться его дерогационное действие.

Иные последствия наступают, когда вывод о недействительности соглашения делает суд государства, компетенция которого данным соглашением исключалась. Указанный суд открывает для себя возможность рассмотреть дело по существу. Суды других государств в принципе не связаны этим выводом и могут, руководствуясь своим правом, признать действительным соглашение, обосновывающее их компетенцию, что в конечном счете порождает положительный конфликт юрисдикций: одно и то же дело будет разрешаться двумя или более судами. Этот конфликт может исключить международный договор. Например, согласно Кишиневской конвенции в случае возбуждения производства по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям в судах двух договаривающихся государств, компетентных в соответствии с настоящей Конвенцией, суд, возбудивший дело позднее, прекращает производство. В этой норме закреплен принцип приоритета компетенции суда, который первым принял дело к своему производству. Этот же принцип присутствует в нормах европейского права (абз. 1 ст. 27 Регламента). Если применить его в рассматриваемой ситуации, то, во-первых, вывод *forum derogatum* о недействительности соглашения и основанное на нем признание своей компетенции рассматривать дело допустим лишь в случаях, когда суд другого государства-участника еще не принял это дело к своему производству; во-вторых, признание недействительной дерогации фактически ведет к недействительности и пророгации. Выбранные сторонами суды государства-участника не вправе осуществлять производство по делу, если суд другого государства-участника первым принял это дело к производству.

Если суд признал недействительным дерогационное соглашение, принял дело к производству и вынес по нему решение, вправе ли суд другого государства при рассмотрении заявления о приведении в исполнение этого решения вновь исследовать вопрос о действительности соглашения, в особенности если суд этого государства был выбран сторонами в качестве компетентного органа? Проблема актуальна в связи с тем, что в соответствии с АПК РФ основанная на соглашении сторон компетенция арбитражного суда в Российской Федерации является исключительной (при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда) (ч. 1 ст. 249), а рассмотрение дела, отнесенного к исключительной компетенции суда в Российской Федерации, является основанием для отказа в признании и исполнении иностранного судебного решения (п. 3 ч. 1 ст. 244).

Внутреннее право Российской Федерации и международные договоры с ее участием не препятствуют повторной проверке действительности соглашения о подсудности. Этому не препятствует, в частности, принцип приоритета компетенции суда, первым принявшего дело к своему производству. Данный принцип касается компетенции суда рассматривать дело, но он не регулирует основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. Эти основания определяются особыми нормами внутреннего законодательства и международных договоров. Среди таких оснований указывается нарушение исключительной

компетенции судов в Российской Федерации или судов государств - участников международного договора (см., например, п. "д" ст. 59 Кишиневской конвенции). Таким образом, суды, рассматривающие вопрос о допустимости признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, могут и должны проверять соблюдение правил исключительной международной подсудности, в том числе основанной на соглашении сторон.

По-другому проблема решается в европейском праве. Регламент и Конвенции в виде общего правила запрещают суду, который рассматривает вопрос о признании иностранного судебного решения, проверять, обладал ли принявший решение суд компетенцией рассматривать дело. Действие этого правила ограничено. Иностранное судебное решение не может быть признано, если была нарушена императивная подсудность, установленная для определенных категорий дел. Заметим, что среди них нет исключительной подсудности, следующей из соглашения сторон. А кроме того, при проверке соблюдения императивных положений не могут быть отвергнуты факты, на основании которых первый суд сделал вывод о наличии у него компетенции (ст. 35 Регламента, ст. 28 Конвенции).

10. Последствия неправомерного неисполнения и ответственность за нарушение соглашения о международной подсудности

Неправомерное неисполнение соглашения о подсудности может выражаться в том, что сторона предъявляет иск в суд, компетенция которого соглашением исключена, либо оспаривает компетенцию выбранного суда. Поскольку речь идет о процессуальных действиях, соответствующие санкции определяются процессуальным правом суда, в котором эти действия были совершены.

Правила, действующие в судопроизводстве различных государств, сводятся к тому, что процессуальные действия, нарушающие соглашение о подсудности, не приводят к достижению той ближайшей процессуально-правовой цели, ради которой они совершались: обращение с иском в *forum derogatum* не позволяет истцу добиться рассмотрения дела по существу в этом суде; возражение о неподсудности дела не ведет к прекращению или приостановлению производства.

Допустимо ли предъявление самостоятельного требования с целью принудительного исполнения соглашения о подсудности? Например, истец обращается с иском не в российский суд, как он должен был сделать в соответствии с оговоркой о подсудности, а в украинский суд. Может ли в данном случае ответчик, предъявив в российский суд иск о принудительном исполнении этой оговорки, добиться решения, обязывающего его противника прекратить нарушение соглашения о подсудности и отказаться от ведения процесса в украинском суде? Подобного рода решение было бы вмешательством в процессуальные отношения, осуществляемые иностранным судом, поэтому вряд ли оно будет правомерным. Однако российский суд вправе отказать в признании решения, которое будет принято с нарушением соглашения о подсудности (п. 3 ч. 1 ст. 244, ч. 1 ст. 249 АПК РФ).

Допустимо ли предъявление самостоятельного требования о возмещении убытков, вызванных несоблюдением соглашения о подсудности? На этот вопрос в принципе также следует дать отрицательный ответ. Поскольку убытки, которые могут возникнуть у стороны в результате неправомерного процессуального действия его противника, компенсируются в качестве судебных расходов, считается, что у этой стороны просто нет оснований такого требования. Например, нормы германского права позволяют ответчику получить возмещение расходов, понесенных им в связи с тем, что истец в нарушение соглашения о подсудности предъявил иск в ненадлежащий суд, даже если в конечном счете истец выигрывает дело (абз. 3 § 281 ГПУ).

Иное решение вопроса возможно в ситуации, когда нормы процессуального законодательства государства места суда не обеспечивают полного возмещения убытков, вызванных несоблюдением соглашения о подсудности. Ведение процесса за границей нередко связано со значительными издержками. Проблему их компенсации вряд ли следует игнорировать. Допустимость предъявления требования о возмещении убытков предполагает, что соглашение о подсудности не только изменяет судебную компетенцию, но и возлагает на стороны обязанность предъявлять иск исключительно в выбранном ими суде и не предъявлять иск в *forum derogatum*. Однако подобная квалификация соглашения не является бесспорной и не может служить достаточным основанием для того, чтобы усматривать в нем подразумеваемое субъективное право требовать возмещения убытков, причиненных нарушением его условий. Более надежную гарантию дает прямо оговоренное право на предъявление требования о возмещении убытков <1>. Такая оговорка переводит последствие неправомерного процессуального действия в сферу материальных правоотношений и снимает сомнение в допустимости самостоятельного иска об имущественной ответственности совершившей его стороны.

<1> Wagner G. Op. cit. S. 256 - 257.

Глава III. ТРЕТЕЙСКОЕ (АРБИТРАЖНОЕ) СОГЛАШЕНИЕ

Начать настоящую главу хотелось бы со следующего замечания: несмотря на то, что в юридической литературе имеет место точка зрения, согласно которой третейские соглашения необходимо рассматривать в качестве процессуальных договоров, автор настоящей главы в целом не разделяет этого мнения. Причинами отнесения арбитражного (третейского) соглашения к процессуальным договорам являются то, что исследования третейского суда и третейского соглашения традиционно осуществляются представителями процессуальной науки, а также то, что третейское разбирательство весьма тесно связано с гражданским процессуальным правом.

Неправильность подобной трактовки, с нашей точки зрения, вызывает практическую потребность в совместном исследовании третейских соглашений и договоров процессуального характера. При этом, по нашему мнению, именно отграничение третейских соглашений от процессуальных договоров является одной из насущных проблем, с одной стороны, науки частного права, а с другой - науки гражданского процессуального права. И такое отграничение как раз наиболее эффективно именно в контексте сопоставления института третейского соглашения со смежными процессуальными институтами, и прежде всего с процессуальными договорами.

Традиции кодификационного характера оказываются самодовлеющими. Многие государства (Германия, Австрия, Польша, Латвийская Республика и др.), регулируя третейское разбирательство вообще и третейское (арбитражное) соглашение в частности, соответствующие нормы размещают в гражданских процессуальных кодексах в виде отдельных книг или частей. Пожалуй, исключением являются те государства, в которых принимаются отдельные законы о третейских судах и третейском разбирательстве. И тот и другой подход оправдан и является результатом скорее традиций кодификационной техники, нежели следствием объективных предпосылок. Но и те государства, в которых принимаются отдельные законы о третейских судах и третейском разбирательстве, вынуждены увязывать эти законы с гражданскими процессуальными кодексами, поскольку принудительное исполнение решений, принимаемых третейскими судами, завязано на процедурах государственно-властного характера, реализация которых допустима в строгих процессуальных рамках и при регулировании гражданских процессуальных отношений.

Но следует различать процедуру принудительного исполнения решений третейского суда и процедуру заключения третейского соглашения. Если первый из упомянутых институтов - это область публичного права, то второй - институт сугубо частного права. Именно поэтому в юридической литературе указывается на принципиальное различие, с одной стороны, регулирования процессуальных вопросов, а с другой - вопросов учреждения третейского суда <1>, что, по нашему мнению, охватывает и заключение третейского соглашения.

<1> См.: Книпер Р. Арбитражное разбирательство в Германии и других странах Европы // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования: Материалы международной научно-практической конференции. Астана, 3 февраля 2003 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 24.

Кроме того, несмотря на то, что третейское соглашение является институтом частного права, вместе с тем оно влечет определенные процессуальные последствия, что приближает его к процессуальным договорам.

Таким образом, все вышеизложенное дает нам основания к тому, чтобы излагать свои представления о феномене третейского соглашения в общем ряду с исследованием иных договоров, которое было проведено соавторами настоящего издания.

1. Понятие и правовая природа третейского (арбитражного) соглашения

Прежде всего, необходимо отметить терминологическую разногласицу, которая имеет место в русскоязычной юридической литературе. Для обозначения исследуемого понятия используются термины "третейское соглашение", "соглашение о третейском суде", "третейский договор", "третейская запись", "третейская оговорка", "компромисс", "договор об арбитраже", "арбитражное соглашение" (и прочие производные от слова "арбитраж" термины), "формальная запись". На этапе исследования правовой природы третейского соглашения, с нашей точки зрения, будет правильным отказаться от анализа соотношения указанных терминов и рассматривать все указанные термины как синонимы. В дальнейшем, на этапе классификации третейских соглашений, некоторые нюансы приведенной терминологии будут проанализированы, и разновидности третейских соглашений, стоящие за этими различными терминами, будут разведены в той степени, в какой это необходимо сделать в рамках единого понятия "третейское соглашение".

В широком смысле третейское соглашение является разновидностью договоров.

Использование договора как инструмента регулирования общественных отношений свойственно различным областям правовой жизни. Так, в публично-правовой сфере все более и более укореняется понятие административного договора. Глубокие традиции имеет использование понятия "договор" в международном праве. Трудовой договор является центральным институтом трудового права. Наиболее широкое использование договоры получили в гражданском праве. Но даже в уголовном и уголовно-процессуальном праве в качестве инструмента используется договор в виде соглашения о примирении, достигаемого лицом, совершившим преступление, и потерпевшим (ст. 76 Уголовного кодекса РФ). В специальных исследованиях указывается на наличие политических, производственных и бытовых неправовых договоров <1>.

<1> См.: Казанцев М.Ф. Договорное регулирование: цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005. С. 54 - 56.

Развитие принципа диспозитивности в гражданском процессе предполагает все более широкое применение соглашений и в этой области.

Таким образом, усложнение общественной жизни, в основе которой лежит идея свободы, влечет расширение использования договора как инструмента саморегулирования физических и юридических лиц, согласования их разнонаправленных волей. Это делает договор универсальным способом регулирования общественных отношений.

Распространение договоров в различных областях регулирования отношений между людьми закономерно повлекло постулат о межотраслевом характере института договорного регулирования. В российской юридической литературе последних лет ставится вопрос о необходимости разработки комплексной теории договора, имеющей межотраслевой характер <1>.

<1> См.: Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001; Иванов В.В. Общая теория договора. М., 2006. В юридической литературе развивается идея и так называемых частных договоров. Под таковыми подразумевается широкий круг договоров, заключаемых частными субъектами, но порождающих при этом не только гражданские права и обязанности (см.: Пугинский Б.И. Частный договор в научной картине мира // Источники российского права: вопросы теории и истории / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2005. С. 104 - 121).

В то же время нельзя не отметить, что наибольшее развитие теория договора получила в цивилистике, поскольку гражданское право суть стержень системы частного права, основанного на инициативе его субъектов. Таким образом, доминирующее влияние гражданско-правового понимания договора на межотраслевые институты вообще и договорное право в частности неизбежно.

Все сказанное в полной мере относится и к понятию "третейское соглашение", которое испытывает на себе цивилистическое влияние.

Одной из наиболее значимых проблем науки, изучающей феномен третейского разбирательства споров, является вопрос о правовой природе третейского соглашения. В литературе, посвященной третейскому разбирательству (коммерческому арбитражированию), подчеркивается, что договор об арбитраже - это договор, определяющий сущность правовой природы арбитража, что обуславливает суть и природу коммерческого арбитража: арбитражное соглашение есть основа арбитража <1>.

<1> Чолак И.Р. Правовая природа международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2006. N 6 (48). С. 88.

Несмотря на то, что ученые не могут прийти к единому мнению относительно природы третейского суда вообще и третейского соглашения в частности, в законодательстве формулируется дефиниция этого понятия. Практически во всех основных международных правовых актах содержится определение понятия третейского соглашения. Из международных актов определение третейского соглашения проникает в национальное законодательство конкретных государств. На сегодняшний день подавляющее большинство известных нам национальных законов о коммерческом арбитраже содержит нормы, в которых сформулировано определение третейского (арбитражного) соглашения.

В Типовом законе о международном торговом арбитраже, принятом Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), от 21 июня 1985 г. (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже) содержится следующее определение арбитражного соглашения: это "соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным

правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет" (ст. 7) <1>. Данное определение дословно воспроизведено в Законе РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" (далее - Закон о международном коммерческом арбитраже) (ст. 7).

<1> Цит. по: Бейкер и Макензи: Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и Восточной Европы и СНГ: Учебно-практическое пособие / Отв. ред. А. Тынель, В. Хвалей. М.: БЕК, 2001. С. 503.

В соответствии с действующим российским законодательством под третейским соглашением понимается соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда (ст. 2 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации") (далее - Закон о третейских судах).

Таким образом, если обратиться к легальному толкованию понятия "третейское соглашение", то мы убедимся, что оно довольно скупо (абз. 5 ст. 2, ч. ч. 1 - 2 ст. 5 Закона о третейских судах; ч. 6 ст. 4 АПК РФ; ч. 3 ст. 3 ГПК РФ).

Вместе с тем, несмотря на скудость правового регулирования соответствующей дефиниции, в доктрине выявляется, что третейское соглашение обладает как материально-правовыми, так и процессуально-правовыми признаками. По этой причине в юридической литературе отмечается, что третейское соглашение относится к особому рода юридическим фактам, имеющим одновременно материально-правовой и процессуальный характер и обладающим дуалистическим значением <1>. Двойственность правовой природы третейского соглашения стимулирует дискуссии о правовой природе третейского соглашения. Впрочем, в рамках этих дискуссий, независимо от занимаемых позиций, ученые юристы отмечают качественное своеобразие третейских соглашений <2>.

<1> См.: Яркв В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 24; Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 21.

<2> См., например: Рожкова М.А. Компетентный суд по соглашению сторон // Третейский суд. 2004. N 1 (31). С. 77.

Толкование ч. 1 ст. 5 Закона о третейских судах позволяет сделать вывод о том, что третейское соглашение выступает в качестве юридического факта, являющегося основанием возбуждения третейского процесса. Возникший спор может быть передан на рассмотрение третейского суда лишь при условии, что стороны заключили третейское соглашение.

Закон о международном коммерческом арбитраже дает более развернутое определение понятия арбитражного (третейского) соглашения. В соответствии с ч. 1 ст. 7 этого Закона под арбитражным (третейским) соглашением понимается соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением независимо от того, носило оно договорный характер или нет.

Легальные конструкции, которые находят закрепление как в международно-правовых актах, так и в актах внутреннего законодательства, в целом основываются на доктринальных определениях третейского (арбитражного) соглашения. Вместе с тем следует отметить, что доктринальные определения более развернуты и фиксируют большее число признаков понятия третейского (арбитражного) соглашения.

Так, например, В.В. Комаров под арбитражным соглашением понимает соглашение о разрешении арбитражем определенного гражданско-правового спора, возникшего между сторонами и исключающего компетенцию государственного суда <1>.

<1> См.: Комаров В.В. Международный коммерческий арбитраж. Харьков, 1995. С. 38.

Интересный подход к пониманию третейского (арбитражного) соглашения содержится в работе С.А. Курочкина. Он, в частности, отмечает, что арбитражное соглашение является системообразующим элементом для третейского разбирательства и его необходимо рассматривать как:

"1) правоотношение, и в этом качестве арбитражное соглашение является:

- основанием для передачи спора в третейский суд для рассмотрения и вынесения решения (определяет права и обязанности сторон, обязательность и порядок совершения юридически значимых действий);

- основанием компетенции третейского суда (в части самоограничения сторон, передачи юрисдикционному органу права совершать действия и принимать решения в отношении себя).

Волей сторон, выраженной в соглашении, очерчиваются пределы, в которых правомочен принимать решения третейский суд;

2) юридический факт, и в этом качестве арбитражное соглашение является:

- основанием компетенции третейского суда (как основная часть юридического состава, охватываемого гипотезой правовой нормы, которой государство наделяет третейские суды полномочиями на рассмотрение и разрешение спора сторон);

- элементом юридического состава, определяющим изменение подведомственности дела по спору сторон (в том числе как один из критериев подведомственности), а следовательно, и исключение спора из юрисдикции государственных судов (дерогационный эффект)" <1>.

<1> Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 147.

В литературе подчеркивается, что заключенное третейское соглашение характеризуется последствиями двоякого рода - позитивным и негативным. Позитивный аспект заключается в том, что оно обязывает стороны при возникновении спора совершить определенные действия: обратиться за разрешением спора в третейский суд. Негативные последствия предполагают, что стороны обязаны воздержаться от определенных действий: не обращаться за разрешением спора в государственный суд <1>.

<1> См.: Котельников А.Г. Негативные последствия заключения арбитражного соглашения // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 8. С. 39; Курочкин С.А. Указ. соч. С. 152 - 153.

Составляющим исследуемого понятия является термин "соглашение". Российский законодатель отказался от употребления понятия "третейский договор". Вместе с тем использование синонимически близкого термина "третейское соглашение" как бы дистанцирует это понятие от гражданско-правовых договоров. Однако здесь важно подчеркнуть, что традиционно в российском правоведении термин "соглашение" является синонимом термина "договор". В свою очередь, как уже отмечалось, понятие "договор" испытывает весьма серьезное влияние цивилистической доктрины, в рамках которой эта категория интенсивно разрабатывалась и в конечном счете укоренилась в гражданском праве в качестве фундаментального понятия. Существующее в современном российском правоведении положение вещей ведет к тому, что третейское соглашение, будучи многоаспектным явлением, не может не испытывать на себе цивилистического влияния понятия "договор". Впрочем, это предопределено и тем обстоятельством, что третейское соглашение является результатом автономных волей, выражаемых частными субъектами. Такой результат не зависит от волеизъявления какого-либо третьего лица, включая государство. При этом указанные субъекты, заключая третейское соглашение, стремятся к достижению собственных частных интересов.

Многоаспектный характер третейского соглашения приводит к тому, что исследователи весьма осторожны в суждениях относительно его квалификации. Временами высказывания отдельных юристов противоречат друг другу. Это несложно подтвердить ссылкой на некоторые суждения.

Так, Е.Ю. Новиков пишет о том, что третейская запись суть гражданско-правовой договор, к которому применимы общие правила заключения, изменения и прекращения договора, содержащиеся в ГК РФ, с учетом специального законодательства о третейском разбирательстве <1>.

<1> См.: Новиков Е.Ю. Третейское разбирательство споров, подведомственных судам общей юрисдикции: проблемы нормативного регулирования // Актуальные проблемы гражданского процесса / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2002. С. 196.

Е.В. Кудрявцева отмечает, что "по своей юридической природе третейское соглашение нужно отнести к классу правовых сделок, хотя и процессуального характера" <1>. Однако здесь же она делает вывод: "...значит, при их оспаривании применимы соответствующие правила ГК РФ: не соблюдена письменная форма соглашения, оно подписано неуполномоченным лицом, заключено под влиянием обмана, заблуждения, насилия, угрозы, недееспособной стороной и т.п." <2>.

<1> Кудрявцева Е.В. Оспаривание решений третейских судов // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2004. С. 173.

<2> Там же.

Двойственный правовой эффект, порождаемый в результате заключения третейского (арбитражного) соглашения, влечет его оценку с двух точек зрения: во-первых, как договора (сделки) и, во-вторых, как такого юридического факта, который влечет изменение подведомственности рассмотрения гражданско-правового спора.

Для того чтобы отграничить третейские соглашения от сделок-договоров, следует обратиться к гражданскому законодательству.

Понятие сделки сформулировано в ст. 153 ГК РФ. Согласно этой статье сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и гражданских обязанностей. Исходя из этого определения и следует давать ответ на вопрос: допустимо ли квалифицировать третейское соглашение в качестве такого соглашения, которое своей целью имеет установление гражданских прав и обязанностей? Результатом заключения третейского соглашения стороны является договоренность о том, что спор, который возник или может возникнуть между ними, будет рассмотрен в особом порядке специфическим юрисдикционным органом - третейским судом. Направленность третейского соглашения определяется стремлением сторон установить круг определенных прав и обязанностей, которые сводятся к праву сторон требовать рассмотрения гражданского спора в третейском суде. Это право не является по своему характеру имущественным или личным неимущественным, т.е. субъективным гражданским правом, хотя оно и направлено на обеспечение реализации субъективного гражданского права. Таким образом, правоотношения, возникающие в результате заключения третейского соглашения, хотя и не влекут возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений, но генетически относятся к области частного права. Отличие их от процессуальных отношений, возникающих в рамках гражданского или арбитражного процесса, заключается в том, что таковые отношения являются результатом воли частных лиц. Государство не участвует в оформлении этих правоотношений и не предопределяет поведение указанных субъектов. Таким образом, есть все основания для того, чтобы заключить, что третейское соглашение является разновидностью частного договора. При этом это та разновидность частного договора <1>, которая очень близка к гражданско-правовому договору (но не идентична ему) и в конечном счете служит средством обеспечения эффективности гражданско-правовых договоров.

<1> В литературе понятие "частный договор" обосновывается Б.И. Пугинским (см.: Пугинский Б.И. Частный договор в научной картине права // Источники российского права: вопросы теории и истории / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2005. С. 104 - 121).

Итак, у нас есть все основания для отграничения третейских соглашений от гражданско-правовых договоров. Однако такое отграничение не исключает применения к их регулированию гражданского права <1>. Это обусловлено многовековой значимостью гражданского права как ядра системы частного права, как того правового регулятора, который предназначен для урегулирования имущественных отношений, составляющих основной предмет и смысл регулирования всей системы частного права. Регулирование третейского соглашения осуществляется и путем применения принципов гражданского права и его общих положений, если иное прямо не запрещено законодательством. Гражданское право выступает, таким образом, в качестве субсидиарного регулятора третейских соглашений как юридических фактов частного права <2>.

<1> В литературе отмечается, что правила толкования, установленные для гражданско-правовых договоров (ст. 431 ГК РФ), имеют значение также с точки зрения процессуального права, поскольку, по существу, определяют порядок судебного исследования доказательств для выяснения смысла договора (см.: Эрделевский А. Толкование договора // Российская юстиция. 1999. N 4). Однако, как справедливо отмечает В.Н. Ануров, это не снимает неопределенность относительно юридической природы правил толкования и их отраслевой принадлежности (см.: Ануров В.Н. Толкование третейского соглашения // Третейский суд. 2005. N 6 (42). С. 64).

<2> Е.А. Суханов пишет о том, что "общие нормы и принципы гражданского права, а также его отдельные институты в определенных случаях могут применяться не только в сфере гражданско-правового регулирования, но и в сфере других отраслей частного права. Основным условием для этого является пробел (отсутствие специального регулирования) в соответствующем отраслевом законодательстве и учет особенностей (существа) регулируемых им отношений. Иначе говоря, нормы гражданского права применяются здесь в субсидиарном (дополнительном) порядке, восполняя недостаток специальной отраслевой регламентации" (Гражданское право. В 4 т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 31 (автор главы - Е.А. Суханов)).

Помимо прочего признание третейского соглашения в качестве частноправового договора допускает и возможность применения различных норм гражданского законодательства, регулирующих порядок заключения, исполнения и прекращения договоров.

Таким образом, как представляется, сведение третейского договора исключительно к разновидности гражданско-правовых сделок не отражает и не может отражать в полной мере правовую суть этого явления, поскольку договор о передаче спора на рассмотрение третейского суда влечет иные правовые последствия, нежели порождение гражданских прав и обязанностей.

Третейское соглашение, будучи договором частноправового характера, в то же время с момента его заключения и вступления в законную силу влечет существенные процессуальные последствия. Заключая третейское соглашение, стороны приобретают определенные права и одновременно принимают на себя определенные обязанности. Совокупность этих прав и обязанностей сводится к подчинению юрисдикции негосударственного органа, каковым является третейский суд, при разрешении возникшего или могущего возникнуть между ними спора. Помимо прочего это означает и то, что не все международно-правовые акты имеют обязательный характер для третейских судов, даже если этими актами связаны и государственные суды <1>.

<1> По одному из рассмотренных дел кассационный суд, отклоняя довод подателя жалобы о том, что нижестоящий суд не применил нормы Международной конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, согласно которой суды страны, в которой наложен арест на морское судно, компетентны рассматривать дело по существу, указал на его несостоятельность, поскольку в данном случае наличие между сторонами соглашения о рассмотрении спора третейским судом исключает применение этой нормы (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 января 2003 г. по делу N A21-3224/02-C2 // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 107 - 109).

Еще одним процессуальным эффектом, производимым в результате заключения третейского соглашения, является запрет компетентным государственным судам осуществлять какие-либо процессуальные действия, связанные со спором (за исключением оставления иска без рассмотрения). Так, например, компетентный государственный суд лишен правовой возможности приостановить производство по делу до рассмотрения спора третейским судом <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Московского округа от 17 октября 2000 г. по делу N КГ-А40/4715-00 // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 110 - 111.

Следует отметить, что заключение третейского соглашения сопровождается для сторон определенного рода правовыми рисками <1>, связанными с рассмотрением дела третейским судом. К примеру, таковыми своеобразными правовыми рисками являются ограниченная возможность обжалования решения, принимаемого третейским судом, лишение права пересмотра дела в апелляционном, кассационном или надзорном порядке, так же как и ограниченная возможность приведения такого решения к исполнению с использованием государственных принудительных механизмов. Однако это те юридические риски, очевидность которых вытекает из толкования действующего законодательства и охватывается восприятием правовой ситуации заинтересованной стороной, подписывающей третейское соглашение.

<1> Приведем по этому поводу высказывание французского юриста: "Арбитраж... является, конечно, хорошей системой, но, с другой стороны, это очень рискованное предприятие... И какая основная опасность ad hoc арбитража? Я думаю, их четыре: 1) риск в выборе арбитров. Здесь можно ошибиться; 2) риск, связанный с оплатой (мы не знаем, сколько это стоит); 3) риск в установлении продолжительности процедуры (она может продолжаться многие годы). У вас нет возможности установить лимит времени; 4) риск, связанный с установлением размеров взыскания. У вас нет никакой уверенности, что взыскание будет соответствовать вашим ожиданиям, и контролировать размер взыскания нет никакой возможности" (Терсье П. Международный арбитраж: современные механизмы эффективного разрешения коммерческих споров // Третейский суд. 2006. N 6 (48). С. 109).

Тот неоспоримый факт, что третейское (арбитражное) соглашение порождает определенные процессуальные последствия, способствовал укоренению юридической доктрины, согласно которой третейское соглашение следует рассматривать в качестве публичного процессуального договора (процессуальная теория третейского соглашения) <1>. Активными сторонниками этой доктрины являются, в частности, ученые Санкт-Петербургской гражданско-процессуальной школы. К примеру, В.А. Мусин подчеркивает, что третейское (арбитражное) соглашение (как заключенное отдельно, так и инкорпорированное в контракт) регулирует не материально-правовые вопросы, а чисто процессуальные вопросы <2>. Он указывает на то, что, "будучи соглашением не

гражданского материального, а гражданского процессуального характера, третейское соглашение, даже представляющее собой одно из условий основного (материально-правового) договора, обладает известной независимостью от других его условий" <3>. А.П. Вершинин также пишет о том, что арбитражное соглашение по своей природе является процессуальным соглашением и имеет свой "процессуальный предмет" <4>.

<1> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 2000. С. 480 (автор главы - В.А. Мусин); Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 9; Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации". С. 21.

<2> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 1996. С. 424 (автор главы - В.А. Мусин).

<3> Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации". С. 21.

<4> Вершинин А.П. Арбитражное соглашение. С. 9.

Процессуальная теория третейского соглашения находит свое преломление и в судебной практике, а также поддерживается идеологами судебно-арбитражной практики. Так, например, по одному из дел, которое было рассмотрено Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа, суд указал, что стороны, заключив третейское соглашение, распорядились своим правом на обращение в третейский суд, а значит, данное соглашение носит процессуальный характер. Далее суд делает вывод о том, что такое третейское соглашение не является гражданско-правовой сделкой <1>. Судья этого суда Н.В. Лавриненко, комментируя складывающуюся практику, отмечает, что практика этого суда "исходит из того, что третейское соглашение не является гражданско-правовой сделкой" <2>. Заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ Т.К. Андреева также придерживается точки зрения, согласно которой третейское соглашение не является сделкой в гражданско-правовом смысле <3>.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29 января 2004 г. по делу N А42-914/03-9.

<2> Лавриненко Н.В. Третейский и арбитражный суд: практика Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа // Третейский суд. 2004. N 6 (36). С. 18.

<3> См.: Андреева Т.К. Вопросы действительности арбитражных решений в практике арбитражных судов в Российской Федерации // Третейский суд. 2004. N 6 (36). С. 73.

Следует отметить, что процессуальная теория третейского соглашения имеет и своих противников. Так, Е.Ю. Новиков пишет о том, что процессуальная теория компромисса в разных ее вариантах искусственно наделяет третейскую запись несвойственным ей публичным процессуальным содержанием, соответственно исключая правовое регулирование отношений нормами гражданского права, но и не создавая при этом достаточной системы специального нормативного регулирования. Таким образом, непризнание за третейской записью ее гражданско-правовой природы оборачивается доктринальным уничтожением существа третейского разбирательства и утратой возможностей эффективного практического использования правового института. Компромисс не является ни публичным договором вообще, ни процессуальным договором в частности, поскольку не может породить публичное правоотношение и не направлен на процессуальные последствия (на замещение процессуального положения стороны и возбуждение третейского разбирательства)" <1>.

<1> Новиков Е.Ю. Третейское разбирательство споров, подведомственных судам общей юрисдикции: проблемы нормативного регулирования // Актуальные проблемы гражданского процесса / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2002. С. 195.

Такой же позиции придерживается и М.Ю. Лебедев, который также видит в третейском соглашении черты гражданско-правовой сделки, являющейся основанием возникновения гражданских прав и обязанностей <1>. Еще более прямо по этому поводу высказываются видные ученые-юристы Казахстана Ю.Г. Басин и М.К. Сулейменов. Они пишут о том, что арбитражное соглашение "бесспорно относится к сфере частного права и по своей юридической природе является гражданско-правовым договором, обладая всеми его особенностями: равенство сторон, добровольность заключения, свобода содержания, не противоречащая закону, надлежащая форма, недопустимость внешнего (в том числе государственного) вмешательства" <2>.

<1> См.: Лебедев М.Ю. Правоотношения в сфере третейского судопроизводства // Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки / Отв. ред. Н.В. Кузнецов. Саратов, 2003. С. 146, 147.

<2> Басин Ю.Г., Сулейменов М.К. Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования // Материалы международной научно-практической конференции. Астана, 3 февраля 2003 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 15.

Итак, мы повторно приходим к выводу о том, что те проблемы, которые обусловлены необходимостью надлежащей квалификации третейского соглашения, являются составной частью более крупной проблемы - проблемы определения понятия "договор" в широком смысле. В свое время В.П. Мозолин отмечал, что "обобщенного легального понятия договора, годного для всех отраслей права, не существует" <1>. Если развить идею, высказанную В.П. Мозолиным, можно отметить, что и в доктрине отсутствует непротиворечивое, согласованное и единодушно признаваемое учеными юристами обобщенное представление о договоре независимо от того, в какой сфере отношений действует этот правовой инструмент. При этом, если, например, в теории гражданского права обоснование договора разработано, то с общеправовых позиций при выходе за демаркационную линию гражданского права не всегда ясно, какие же черты единят договоры в различных сферах правового регулирования (в различных отраслях права). Нельзя не отметить того, что в юридической литературе предпринимаются попытки дать обобщающее определение понятию договора с позиций общей теории права. При этом исследователи стремятся отвлечься от отраслевой принадлежности использования этого инструмента и сосредоточиться на общих закономерностях и признаках <2>. Такая ситуация, конечно же, отражается как на законотворческом, так и на правоприменительном процессе. В связи с этим, видимо, неслучайна некоторая осторожность российского законодателя, который в Законе о третейских судах, как уже отмечалось, отказался от употребления термина "третейский договор", предпочитая заменить его синонимом "третейское соглашение" - тем синонимом, который свободен от ярко выраженного цивилистического влияния.

<1> Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право США и СССР. М., 1988. С. 195.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

<2> См., например, Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997; Иванов В.В. Общие вопросы теории договора. М., 2000; Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / Отв. ред. П.П. Баранов. СПб., 2001.

Третейское (арбитражное) соглашение, как отмечается в юридической литературе <1>, является системообразующим элементом института третейского разбирательства и третейского процесса. Отсутствие третейского соглашения препятствует началу арбитражного (третейского) разбирательства. Таким образом, заключение третейского соглашения является исходной точкой третейского процесса и предпосылкой возникновения процессуальных правоотношений между субъектами третейского разбирательства. Особо следует отметить то обстоятельство, что природа третейского соглашения такова, что создает необычную ситуацию, когда частные лица вторгаются в публичную сферу и своим волеизъявлением изменяют публично значимые нормы - те нормы, которые регулируют подведомственность рассмотрения правовых споров (институт публичного права). При этом публичная власть в лице государственных судов устраняется от, казалось бы, монопольного права на разрешение правового спора между частными субъектами гражданского оборота.

<1> См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 147.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что третейское соглашение генетически является плодом автономных частных волеизъявлений <1> и, несомненно, несет в себе черты частного правового договора. Вместе с тем оно не укладывается в рамки цивилистических представлений, равно как не может быть объяснено исключительно с позиций "процессуальной теории". Этот частноправовой договор заключает в себе широкий спектр правовых признаков, поскольку порождаемые им эффекты имеют процессуальный характер. При этом дуализм правовой природы третейского соглашения порождает разночтения в его интерпретации.

<1> Уместно в данном случае привести цитату шведского профессора К. Хобера: "...для шведских юристов отправной точкой является договорная природа арбитража, которая в свою

очередь проистекает из автономии воли сторон. Любой арбитраж основан на соглашении сторон. Власть арбитров вытекает из соглашения сторон, иначе говоря, арбитры действуют в силу полномочий, предоставленных им сторонами. Поэтому большинство шведских арбитров относятся к сторонам как к хозяевам процесса, которые и контролируют арбитраж" (Хобер К. Деятельность адвоката в международном коммерческом арбитраже в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2005. N 2. С. 75).

Третейское соглашение порождается в сфере частного права. Пользуясь выражением С.С. Алексеева <1>, можно отметить, что регулирование отношений посредством третейского соглашения является автономным регулированием. То обстоятельство, что третейское соглашение содержит в себе цивилистический термин "соглашение" (или, иначе, "договор"), неизбежно провоцирует исследователей на попытки сопоставить третейское соглашение с гражданско-правовым институтом сделки и ее проявлением - договором. Этот подход имеет глубокие исторические корни.

<1> См.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1966. С. 162.

Один из первых русских исследователей третейского суда - А.И. Вицын отмечал, что "быть посредником в добровольном третейском суде может всякое лицо, имеющее право вступать в обязательство" <1>. Другой дореволюционный исследователь третейского разбирательства В.А. Шенинг писал, что в случае с третейским соглашением речь идет "о договоре, а так как ни один договор, как бы несложен он ни был, немислим без трех составных частей: 1) субъектов соглашения; 2) объектов его; 3) известной внешней его формы, то и в третейской записи, относительно которой закон в данном направлении никаких изъятий не установил, все три указанных атрибута должны быть в наличности" <2>. Немецкий юрист Ф.К. Савиньи рассматривал решение третейского суда в контексте исследования гражданско-правового обязательства, исполнение которого обеспечивается взиманием штрафа с лица, необоснованно оспаривавшего решение третейского суда <3>.

<1> Вицын А. Третейский суд по русскому праву. М., 1856. С. 31.

<2> Шенинг В.А. О силе решений третейского суда // Журнал Министерства юстиции. 1896. N 6. С. 70.

<3> См.: Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Предисл. В.Ф. Попондопуло. СПб., 2004. С. 165 - 166.

Весьма важным представляется практический аспект проблемы. Это объясняется тем, что вопрос о том, является ли третейское соглашение гражданско-правовой сделкой либо не является таковой, имеет далеко идущие практические правовые последствия. Главное в том, что тот или иной ответ на этот вопрос допускает (или не допускает) возможность применения к квалификации правоотношений, возникающих вследствие заключения третейского соглашения, гражданско-правовых норм, регулирующих сделки и последствия их недействительности.

В современной судебной-арбитражной практике имеют место случаи, когда суды квалифицируют третейское соглашение исключительно как гражданско-правовую сделку, хотя и имеющую определенную специфику, заключающуюся в том, что они влекут процессуальные последствия <1>. При этом опорой судебных актов являются нормы гражданского законодательства, посвященные условиям действительности гражданско-правовых сделок. Так, например, в одном из дел, рассмотренных в порядке надзора, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал арбитражное соглашение (оговорку) сторон о передаче спора в третейский суд недействительным со ссылкой на ст. 168 ГК РФ, которая, как известно, устанавливает основания недействительности гражданско-правовых сделок <2>.

<1> В свое время широкое обсуждение этого вопроса получило в контексте одного из дел, рассмотренных в Краснодарском крае (решение Арбитражного суда Краснодарского края от 13 ноября 2000 г. по делу N А32-15365/2000-21/35 // Третейский суд. 2000. N 5. С. 51 - 55; Постановление апелляционной инстанции Краснодарского края от 4 декабря 2000 г. по делу N А32-682/2000-31/22трап-31-18 // Третейский суд. 2000. N 6. С. 16 - 22). Позиция, изложенная в указанных судебных актах, нашла обоснование также в выступлениях идеологов судебной-арбитражной практики (Интервью первого заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации М.К. Юкова // Законодательство. 2000. N 7; Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В. Третейские и государственные суды. Проблема прав на правосудие // Вестник ВАС РФ. 2000. N 10. С. 85; Переход А.И. Практика рассмотрения кассационных жалоб на

определения арбитражного суда о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейского суда // Третейский суд. 2002. N 1/2. С. 42 - 43).

<2> Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. N 3515/00.

В практике судов общей юрисдикции также можно найти дела подобного рода. При этом судебная практика судов общей юрисдикции свидетельствует о том, что компетентные государственные суды при квалификации третейского соглашения довольно активно используют соответствующие основания, закрепленные в гражданском законодательстве.

Вопрос о правовой квалификации третейского соглашения проблематичен не только для российских законодателя и правоприменителя. Весьма поучительно шло развитие этой дискуссии в Республике Казахстан. Общеизвестна та борьба, которая шла в Казахстане вокруг легитимации третейских судов, их признания со стороны функционеров юрисдикционной системы государства. Весьма влиятельные силы противостояли укоренению этого инструмента гражданского общества в государстве <1>. Апофеозом неприятия института третейского разбирательства стало Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 15 февраля 2002 г., в котором третейское соглашение квалифицировалось в качестве гражданско-правового договора о передаче спора на разрешение третейского суда. Однако этот, казалось бы, безобидный силлогизм стал основой для другого, губительного для третейского разбирательства, вывода. Конституционный Совет указал на то, что заключение сторонами гражданско-правового договора о передаче спора на разрешение третейского суда не исключает в последующем возможности рассмотрения данного спора судами судебной системы Республики в порядке, установленном действующим законодательством <2>.

<1> О перипетиях этой борьбы см.: Сулейменов М.К., Басин Ю.Г. Быть или не быть третейскому суду в Казахстане // Юридическая газета. 2001. 25 июля; Басин Ю.Г., Сулейменов М.К. Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования; Грешников П.Я. Десять событий, изменивших положение третейских судов в Казахстане; Баймолдина З.Х. Проблемы третейского суда в Казахстане // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы международной научно-практической конференции. С. 7 - 20; 66 - 71; 72 - 77.

<2> Басин Ю.Г., Сулейменов М.К. Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. С. 11.

Если вернуться к российскому законодательству, то следует отметить еще одну важную проблему, касающуюся понимания правовой природы третейского соглашения, которая в современной литературе практически не обсуждается. Буквальное прочтение легальных формулировок (Закона о третейских судах, Закона о международном коммерческом арбитраже, который основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже) третейского соглашения позволяет сделать вывод о том, что третейским соглашением охватываются лишь отношения между спорящими субъектами.

Третейское соглашение не регулирует отношения, складывающиеся между сторонами спора и третейским судом (третейскими судьями).

Таким образом, современные нормотворцы оставляют в стороне укоренившееся в XIX в. деление третейских договоров на *compromissum*, понимаемый как договор о третейском суде, и *rescriptum*, понимаемый как договор тяжущихся с третейскими судьями.

Между тем своего рода интегрированное понимание третейской записи как совокупности *compromissum* и *rescriptum* было зафиксировано в российском Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. В соответствии со ст. 1369 Устава "согласие сторон на разбор их дела третейским судом должно быть выражено в третейской записи, которая пишется на простой бумаге и должна быть подписана тяжущимися и всеми избранными третейскими судьями, которые в подлинной своей обязаны выразить согласие на принятие этой функции" <1>.

<1> Цит. по: Зайцев А.И., Захарьяшева И.Ю., Балашова И.Н., Балашов А.И. Альтернативное разрешение споров: Учебно-методический комплекс. М.: Экзамен, 2007. С. 65.

В исследованиях XIX в., посвященных третейскому суду, также довольно подробно обсуждались вопросы *compromissum* и *rescriptum* <1>.

<1> См.: Волков А.Ф. Торговые третейские суды. СПб.: Типография редакции периодических изданий Министерства финансов, 1913. С. 107 - 133.

Отголоски интегративного понимания третейского соглашения находят свое воплощение и в современных законодательствах. Так, в австрийском арбитражном законодательстве имеются

нормы, согласно которым допускается возложение ответственности за причиненный ущерб на арбитраж, который виновно вообще не исполняет или несвоевременно исполняет обязательства, принятые им на себя в силу согласия с назначением (п. 4 § 594 австрийского Гражданского процессуального кодекса) <1>. Налицо своего рода цивилистический подход австрийского законодателя к пониманию третейского суда и третейского соглашения. Из этого вытекают и иные гражданско-правовые последствия, характеризующие взаимоотношения третейского суда и тяжущихся сторон. Так, например, третейский суд (арбитраж) является стороной судебных процессов по тем делам, в которых между истцом и ответчиком возникают споры по вопросам процедуры третейского разбирательства в этом третейском суде <2>.

<1> См.: Хегер С. Комментарий к новому Австрийскому арбитражному законодательству. М., 2006. С. 42 - 44.

<2> Один из таких споров, в котором ответчиком выступил состав арбитража, описан Е.В. Брунцевой (Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001. С. 288 - 290).

Во Франции гражданско-правовая ответственность арбитров была установлена в результате прецедента, принятого Верховным судом Франции 6 декабря 2005 г. Согласно решению французского кассационного суда арбитры, обязанностью которых было достижение определенного результата, обязаны возместить убытки, понесенные одной из сторон в результате того, что арбитражное решение было отменено <1>.

<1> См.: Харб Ж.-П. Решение Верховного суда Франции об ответственности арбитров // Третейский суд. 2006. N 3 (45). С. 95.

Польский законодатель также установил правило, которое предусматривает ответственность арбитров по возмещению вреда в случае отказа от исполнения своих обязанностей без уважительных причин (ст. 1175 Гражданского процессуального кодекса Польши) <1>.

<1> Тынель А. Новое законодательство в области третейского судопроизводства в Польше // Третейский суд. 2006. N 3 (45). С. 107.

Современный российский законодатель отказался от регулирования, а современная доктрина фактически отказалась от описания взаимоотношений, складывающихся между третейским судом (третейскими судьями), с одной стороны, и лицами, передающими спор на разрешение третейского суда, - с другой. Если быть более точными, отметим, что регулированию и научному анализу подвергаются отношения между третейским судом и тяжущимися в рамках осуществления третейского судопроизводства, т.е. отношения процессуального характера. Но отношения, складывающиеся в процессе заключения третейского соглашения между указанными субъектами, т.е. отношения частноправового характера, остаются вне сферы внимания современных исследователей и современного российского законодателя.

Между тем судебной-арбитражная практика сталкивается с этой проблемой. Так, в решении Арбитражного суда Московской области и Постановлении апелляционной инстанции того же суда по делу N А40-52522/02-25-269 суд, разрешая спор между третейским учреждением и его клиентом, основывает свое решение на квалификации правовой природы третейского соглашения. Главный вывод, к которому приходит арбитражный суд первой инстанции, заключается в том, что соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда не является гражданско-правовой сделкой. Апелляционная инстанция, поддерживая выводы суда первой инстанции, уточняет, что третейское соглашение не является сделкой, поскольку не направлено на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей.

Однако, как представляется, приведенные суждения судов первой и апелляционной инстанций имеют характер *obiter dicta* (попутно сказанное). Для правильного разрешения данного спора не имеет существенного значения квалификация взаимоотношений сторон, заключивших третейское соглашение. В деле спор идет фактически между третейским судом (точнее, организацией, при которой он создан) и лицом, обратившимся за разрешением спора в этот третейский суд. Таким образом, в данном случае необходимо квалифицировать отношения, возникающие между третейским судом и тяжущейся стороной. Возможна ли квалификация этих отношений как отношений договорного характера? Федеральный арбитражный суд Московского округа, рассмотрев дело в кассационном порядке, оставил обжалуемые судебные акты в силе, однако при этом коренным образом изменил мотивировочную часть принятого решения. Окружной суд указал на то, что гражданские права и обязанности не возникают для сторон по этому делу, поскольку взыскание третейского сбора - это "распределение третейским судом расходов, связанных с разрешением спора в третейском суде, и такое распределение не является судебным решением, установившим гражданские права и обязанности". Однако и кассационная инстанция

воздержалась от правовой оценки отношений, складывающихся между третейским судом и тяжущимися лицами. Существенным здесь представляется следующий вопрос: можно ли квалифицировать такие отношения как гражданско-правовые и говорить в данном случае о том, что между третейским судом и лицами, обращающимися за разрешением спора к третейскому суду, заключается договор? От ответа на этот вопрос и зависит правильное разрешение спора по публикуемому делу.

На сегодняшний день в литературе, посвященной отечественному третейскому разбирательству, отсутствуют серьезные исследования, в которых бы тщательно разрабатывалась эта проблематика. Равным образом и в законодательстве отсутствуют положения, которые бы давали основу для разрешения споров между третейским судом и его клиентами.

Дискуссии о правовой природе коммерческого арбитража (как международного, так и внутреннего), а также связанного с ним понятия "третейское (арбитражное) соглашение" идут среди ученых-юристов различных государств на протяжении уже более полутора столетий. К настоящему времени оформились четыре основные доктрины, в рамках которых дискутируется вопрос о правовой природе арбитражного разрешения споров: договорная (консенсуальная), процессуальная, смешанная (гибридная) и автономная.

Сторонники договорной теории третейского суда полагают, что третейское разбирательство следует рассматривать в качестве договорно-правового института, целью которого является организация разбирательства и разрешения гражданско-правового спора в соответствии с тем поручением, которое сформулировали стороны, заключившие третейское соглашение. Соглашение о третейском разбирательстве при этом рассматривается в качестве гражданско-правового договора, который заключается равноправными субъектами коммерческого оборота. Стороны соглашения о третейском разбирательстве принимают на себя гражданско-правовое обязательство подчиниться решению, которое принимается третейским судом.

Договорная теория встречает своих критиков. Среди основных аргументов этой критики наиболее весомым, с нашей точки зрения, аргументом является утверждение о том, что договорная теория арбитражного соглашения не учитывает его процессуальных аспектов. Как следствие, высказывается упрек в том, что договорная теория не в полной мере описывает исследуемое явление. Помимо того, весьма сильным аргументом против "чистой" договорной теории является довод о том, что третейское соглашение не порождает возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей. В свою очередь, это является основанием для вывода о том, что третейское соглашение хотя и является юридическим фактом частного права, но не может быть причислено к юридическим фактам гражданского права.

Вышеизложенные аргументы используются для обоснования правовой природы третейского соглашения в рамках процессуальной теории. Эта теория объясняет третейское (арбитражное) соглашение с позиций государственного правосудия и, соответственно, рассматривает его как предмет регулирования гражданского процессуального права.

В рамках процессуальной теории, с нашей точки зрения, также не могут быть объяснены все аспекты правовой природы третейского (арбитражного) соглашения. Основным является то, что процессуальная теория не объясняет того обстоятельства, что третейское (арбитражное) соглашение суть порождение исключительно волеизъявления заинтересованных сторон, т.е. имеет своими истоками сферу частного права.

Указанные недостатки преодолеваются при помощи аргументов, которые формулируются при помощи теории смешанной правовой природы третейского (арбитражного) соглашения (теория *sui generis*). В рамках этой теории арбитраж и третейское соглашение квалифицируются как совокупность материально-правовых и процессуально-правовых элементов, в своей неразрывной связи составляющих единый правовой институт. Суть этой теории в признании того, что третейское соглашение, будучи частноправовым договором, влечет процессуальные последствия, которые заключаются в изменении подведомственности разрешения спора, его изъятии из компетенции государственного суда и передаче на рассмотрение коммерческого арбитража. Эта теория является своего рода интегративной по отношению к двум предыдущим, поскольку в ней сделана попытка объединить подходы, сформулированные договорной и процессуальной теорий. Это отразилось и в наименовании этой доктрины (*sui generis*).

Новейшей теорией, возникшей относительно недавно, стала автономная теория. Эта доктрина возникла как результат отрицания всех вышеуказанных и ставших уже традиционными теорий. Суть автономной теории заключается в том, что третейское соглашение и коммерческий арбитраж рассматриваются как независимые явления, юридическая природа которых объясняется, основываясь на прагматических соображениях быстроты и удобства разрешения споров, возникающих между предпринимателями. В свою очередь, это обстоятельство предопределяет совершенствование и институционализацию процедуры третейского разбирательства, закономерности развития которого диктуются реальными потребностями коммерческого оборота.

С автономной теорией третейского соглашения не следует путать доктрину автономности третейского соглашения. Третейское соглашение обладает одним из свойств, которое привело к возникновению этой доктрины. Суть теории автономности третейского соглашения заключается в том, что оно, хотя и заключается с целью обеспечения защиты прав участников основного материально-правового договора и, как правило, сопровождается такой материально-правовой договор, вместе с тем независимо от этого договора. Одним из важнейших последствий теории автономности третейского соглашения является то обстоятельство, что признание недействительным основного материально-правового договора само по себе не влечет недействительности третейского соглашения.

Вместе с тем в правоприменительной практике имеет место весьма серьезная, с нашей точки зрения, недооценка автономности третейских соглашений. Такая недооценка имеет самое разное выражение.

Так, например, суд кассационной инстанции по одному из дел признал ошибочным вывод суда нижестоящей инстанции о самостоятельном характере третейского соглашения, его независимом характере от основного договора аренды и, как следствие, сделал вывод о необходимости государственной регистрации такого третейского соглашения <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28 апреля 2005 г. по делу N Ф04-1127/2005(9355-A27-30).

В юридической науке эта теория сформулирована довольно давно. Ее разработка велась преимущественно силами представителей науки, изучающей правовую природу международного коммерческого арбитража, практики его деятельности, а также практики заключения арбитражных соглашений о передаче споров на рассмотрение международного коммерческого арбитража.

Как уже отмечалось, согласно этой теории третейская оговорка (третейское соглашение) признается независимой от иных условий договора, т.е. от условий материально-правового характера <1>, следствием чего и является правило: недействительность такой сделки сама по себе не влечет недействительность третейской оговорки. Точно так же недействительность третейского соглашения не влечет недействительность основного договора. Таким образом, даже если между сторонами возникает спор относительно договора, который содержит арбитражную оговорку и который является недействительным, он подлежит разрешению третейским судом. Однако в литературе подчеркивается, что не стоит "абсолютизировать независимость арбитражной оговорки, утверждая, что оговорка всегда "переживает" контракт, ибо на оговорку как на соглашение сторон распространяются и общие положения обязательственного права о действительности договоров. Так, если условие(я) недействительности контракта, например вопрос о полномочиях, в равной мере применимо к арбитражной оговорке, последняя также может быть на этом основании признана недействительной. Другое дело, что условия действительности арбитражного соглашения определяются в первую очередь нормами специального законодательства об арбитраже и зачастую могут не совпадать с условиями действительности самого контракта" <2>. Следовательно, при возникновении спора о недействительности основного договора третейский суд в любом случае первоначально будет рассматривать вопрос о действительности третейского соглашения (так называемая доктрина *prima facie*) и, только признав действительность третейского соглашения, может рассматривать вопрос о недействительности основного договора.

<1> Это правило может иметь и иную интерпретацию: "...закон закрепляет принцип автономии воли сторон в выборе применимого процессуального права с учетом некоторого количества императивных норм... Закон, регулирующий процедуру арбитражного разбирательства, не должен совпадать с материальным правом, регулирующим отношения сторон. Стороны могут подчинить их основной контракт, т.е. суть их прав и обязанностей, и процессуальный закон арбитражного разбирательства двум разным правовым системам" (Ламм К., Спуренберг Ф. Новые подходы к принудительному исполнению иностранных арбитражных решений по Нью-Йоркской конвенции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 44).

<2> Костин А.А. Некоторые проблемы международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2000. N 3. С. 54.

Каковы же предпосылки автономизации третейского (арбитражного) соглашения? Приведенное в российских легальных конструкциях определение понятия третейского (арбитражного) соглашения (ст. 2 Закона о третейских судах и ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже) является рамочным, поскольку носит общий характер и развивается в последующих законоположениях.

Проанализируем ситуацию на примере Закона о третейских судах. Так, например, детализация данного понятия сделана в статье этого Закона. Нормы ст. 2 более развернуто

определяют, что может рассматриваться в качестве третейского соглашения. В определении же третейского соглашения, даваемом в упомянутой статье, важное значение имеет тот аспект, что третейское соглашение как исходная точка третейского разбирательства является продуктом волеизъявления самих сторон по спорному материальному правоотношению. Третьи лица, включая публичную власть, не участвуют в формировании этого волеизъявления. Именно это обстоятельство автономизирует процедуру третейского разбирательства, обособляет ее от всех иных факторов, стоящих за пределами соглашения сторон о передаче спора на разрешение третейского суда.

Среди практических последствий автономности третейского соглашения отметим еще одну довольно распространенную в практике ситуацию. Предположим, что сделка, содержащая арбитражное (третейское) соглашение, совершена в ненадлежащей форме или лицом, не имеющим полномочий. При этом уполномоченное лицо в дальнейшем своими действиями по исполнению подтверждает сделку, но не подтверждает третейскую оговорку. В этом случае заключенность основного договора не должна вызывать сомнений, но основания констатировать заключение третейского соглашения также будут налицо. Автономность материально-правового соглашения от третейского соглашения будет проявляться в том, что те действия, которые направлены на рассмотрение спора в третейском суде, не зависят от действий, которые направлены на исполнение по сделке. При этом, как отмечает В.Н. Ануров, "существование третейского соглашения не должно зависеть от разногласий сторон относительно оценки основного договора как состоявшейся сделки. Поскольку третейское соглашение занимает особое место в юридической классификации сделок, действия сторон по заключению третейского соглашения и основного договора имеют различную направленность. Также должны применяться различные критерии при установлении законченности этих двух видов действий" <1>.

<1> Ануров В.Н. Несостоятельность третейского соглашения // Третейский суд. 2007. N 2 (50). С. 96.

Практически значимым последствием автономности третейского (арбитражного) соглашения является и то обстоятельство, что в случае истечения срока действия основного договора (равно как и в случаях иных оснований его прекращения) действие третейского (арбитражного) соглашения не утрачивает своей силы <1>. Споры, которые вытекают из гражданско-правового договора, содержащего третейскую оговорку, подлежат рассмотрению в третейском суде, даже если сам договор утратил свою юридическую силу. Все вышеизложенное справедливо только в том случае, если стороны в договоре не предусмотрели иного, а именно: что с утратой силы основного договора прекращает свое действие и третейское соглашение.

<1> В практике арбитражных судов этот тезис временами подвергается сомнению. По-видимому, это вызвано тем, что доктрина автономности третейского (арбитражного) соглашения не нашла прямого закрепления в законодательстве. Однако практика Высшего Арбитражного Суда РФ в этом вопросе направлена на исправление ошибок нижестоящих инстанций (см. информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. N 96 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов" (п. 22)).

Практика самих третейских судов и международных коммерческих арбитражей твердо стоит на позиции признания доктрины автономности третейского соглашения <1>. В связи с этим представляется верным прогноз развития третейского разбирательства в этой области: "...судя по всему, попытки ответчиков не допустить арбитражное разбирательство или лишиться юридической силы арбитражное решение путем предъявления в российских государственных судах исков о недействительности договоров, в состав которых включены арбитражные соглашения, не имеют положительной перспективы" <2>.

<1> См., например: Немчинов Н.В. Практика третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате // Третейский суд. 2004. N 3 (33). С. 111 - 117.

<2> Российский опыт // Международный коммерческий арбитраж. 2005. N 3. С. 5.

Подобного рода практика применения доктрины автономности третейского соглашения укоренилась и в зарубежных государствах. Так, к примеру, в Верховном суде Австрии при рассмотрении конкретных дел подчеркивается, что признание договора недействительным не влечет автоматического признания недействительной арбитражной оговорки (решение от 17 апреля 1996 г.) <1>.

<1> См.: Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. N 2 (32). С. 51.

Современная российская судебно-арбитражная практика на уровне федеральных арбитражных судов округов в целом также основывается на таком же подходе к автономности третейского соглашения и его практическим последствиям <1>. Хотя справедливости ради следует отметить и такие акты, принимаемые кассационными судами, которые противоречат сложившейся практике <2>.

<1> Постановление ФАС Уральского округа от 3 апреля 2003 г. по делу N Ф09-687/03-ГК.

<2> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 7 октября 2002 г. по делу N Э-434/01-Ф02-2956/02-С2.

2. Классификация третейских (арбитражных) соглашений

При классификации третейских (арбитражных) соглашений, если отвлечься от терминологического многообразия, можно выделить два основных типа третейских соглашений: третейский (арбитражный) договор (соглашение) и третейская (арбитражная) оговорка <1>.

<1> В литературе можно встретить самую разнообразную терминологию, используемую для обозначения этих понятий. Так, например, М.И. Клеандров, характеризуя арбитражное соглашение в рамках международного частного права, указывает на то, что оно бывает двух видов: а) арбитражная оговорка, т.е. соглашение, содержащееся непосредственно в тексте контракта, о подсудности спора конкретному международному коммерческому суду; б) третейская запись, т.е. соглашение, содержащееся в отдельном от текста контракта документе, часто подписываемом после заключения самого контракта, также предусматривающего подсудность спора конкретному международному коммерческому суду (см.: Клеандров М.И. Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 360). Однако различная терминология не должна вводить в заблуждение относительно того, что речь идет об одном и том же правовом феномене.

Под третейским (арбитражным) договором (соглашением) понимается самостоятельное соглашение между заинтересованными лицами, в соответствии с которым они достигают договоренности о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с исполнением или толкованием какого-либо материально-правового договора, заключенного этими же лицами. Для обозначения тех третейских (арбитражных) соглашений (договоров), которые предусматривают, что все споры, которые возникли между ними или могут возникнуть в будущем, подлежат передаче третейскому суду, иной раз используется наименование "compromissum plenum" (генеральный третейский договор). В дореволюционной литературе, посвященной третейскому разбирательству, отмечается, что в различные исторические эпохи и в разных государствах compromissum plenum имел довольно широкое распространение <1>. В условиях современного регулирования этого вопроса в российском праве возможность заключения compromissum plenum имеет спорный характер. Это объясняется тем, что российское законодательство требует конкретизации заинтересованными лицами спорных правоотношений, передаваемых на разрешение третейского суда. Если это не достигается при заключении третейского соглашения, то оно может быть признано судебными органами недействительным.

<1> См.: Вицын А. Третейский суд по русскому праву. С. 24.

Арбитражная (третейская) оговорка или оговорка об арбитраже (clause compromissoire) <1> - это включенное в текст основного договора, регулирующего материально-правовые отношения сторон, условие о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с данным договором в будущем.

<1> См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс // Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002. С. 940.

Разновидностью арбитражной (третейской) оговорки следует считать несколько архаичный термин "третейская запись". Под третейской записью (в зарубежном праве также используется термин "компромисс" - от фр. "compromis" <1>) понимается текстуально независимое от основного договора соглашение между сторонами о третейском разбирательстве уже возникшего между ними спора. Исторически понятие "компромисс" означало обещание сторон исполнить решение, которое было достигнуто в результате использования примирительных процедур. Но так как

соответствующий результат зачастую был меньше, чем ожидалось каждой из сторон, участвующих в примирительной процедуре, то в конечном счете этим термином стали обозначать решение, которое принято вследствие обоюдных уступок сторон <2>.

<1> Кстати, в английском языке термином "compromise agreement" обозначается мировое соглашение, что подчеркивает близость этих двух институтов.

<2> Khan S., Siddiqui S. The Law of Compromise in Litigation. Lahore: Daniel Law Publishers, 2001.

Термин "третейская запись" довольно широко использовался в дореволюционном российском правоведении. Этот термин можно встретить уже в XVII в.; в дальнейшем соответствующее понятие обозначается с использованием термина "формальная запись" <1>. Термин "формальная запись" означал требования в письменной форме с соблюдением определенных условий фиксировать передачу спора на разрешение третейского суда. В том случае, если требования законодателя к формальной записи не соблюдались, это влекло ничтожность соответствующего третейского соглашения, а в некоторых случаях квалифицировалось в качестве так называемых мировых разборов, которые не влекли правовых последствий.

<1> Вицын А. Третейский суд по русскому праву. С. 25.

Зарубежному правоведению известны и иные классификации арбитражных соглашений. Так, в зависимости от объема полномочий, которым в соответствии с арбитражным соглашением наделяется третейский суд, выделяют: а) третейские соглашения, не имеющие ограничений полномочий третейского суда; б) третейские соглашения, которыми арбитраж ограничивается нижним и верхним пределом по размеру взыскиваемых сумм (так называемый high-low arbitration); в) арбитраж последней оферты: стороны в определенной очередности излагают собственные условия примирения, в то время как третейский судья вправе выбирать из них те, которые считает наиболее справедливыми <1>.

<1> См.: Давыденко Д.Л. Как избежать судебного разбирательства: посредничество в бизнес-конflikтах. М.: Изд. дом "Секрет фирмы", 2006. С. 38.

В литературе предлагаются и спорные классификации третейских (арбитражных) соглашений (оговорок). Так, В.С. Поздняков выделяет двусторонние и односторонние арбитражные оговорки. При этом под двусторонними арбитражными оговорками он понимает такие соглашения, которые предоставляют право обращения в третейский суд (международный коммерческий арбитраж) любой из сторон. Односторонние арбитражные оговорки предоставляют право обращения в арбитраж только одной из сторон, заключивших арбитражное соглашение <1>. Представляется, что если стороны заключили так называемую одностороннюю арбитражную оговорку, то таковую следует считать недействительной, поскольку нарушается принцип равенства сторон в третейском (арбитражном) разбирательстве.

<1> См.: Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 18.

При анализе различных нюансов третейских (арбитражных) соглашений исследователи выделяют еще некоторые их разновидности. Так, Л.П. Ануфриева пишет о так называемых арбитражных соглашениях *proprio vigore* (арбитражное соглашение в собственном смысле слова). Под таковым понимается отдельный документ, касающийся арбитража, который заключается в одно время с основным контрактом, но до возникновения разногласий или спора по этому контракту <1>. В данном случае, как представляется, речь идет о разновидности арбитражного соглашения.

<1> См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право. В 3 т. Т. 3. М., 2001. С. 159.

Отметим, что приведенная классификация арбитражных соглашений не принципиальна с точки зрения юридической значимости соответствующих видов третейских соглашений. Это объясняется тем, что все указанные виды третейских (арбитражных) соглашений разрешены законодателем (легальны), а самое главное, влекут единообразные правовые последствия. С точки зрения как частного права, так и третейского процесса не имеет значения то обстоятельство, в какой форме заключено третейское соглашение: в форме арбитражного (третейского) соглашения, арбитражной (третейской) оговорки или третейской записи. Таким образом,

приведенная классификация имеет скорее научно-познавательное, нежели практическое значение.

Вместе с тем непонимание используемой терминологии и определенные недостатки юридической техники могут повлечь неправильное толкование норм, регламентирующих третейское соглашение. Так, например, в п. 2 ч. 3 ст. 424 ГПК РФ говорится о том, что к заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда помимо прочего прилагается и подлинное третейское соглашение или его надлежащим образом заверенная копия. Буквальное толкование этой нормы приведет к тому, что если соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда достигнуто в виде третейской оговорки (условия, включенного в основной договор), то соответствующий документ в этом случае не подлежит предоставлению в компетентный государственный суд. Представляется, что в данном случае указанный термин подлежит расширительному толкованию. Этим термином в данном случае охватываются все разновидности соглашений о передаче спора на разрешение третейского суда. В противном случае государственный суд будет лишен возможности реализовать одну из основных своих функций при выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда проверить действительность соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда.

3. Сфера применения третейского соглашения

Определение сферы применения того или иного правового института происходит в том числе и путем его отграничения от смежных правовых институтов. В данном случае представляется важным начать исследование сферы применения третейского соглашения именно с его отмежевания от сопряженных с ним инструментов урегулирования споров.

В литературе отличают третейское разбирательство как способ решения частноправовых споров от так называемых обязательных (принудительных) форм разбирательства споров, которое осуществляется третейскими судами без соглашения сторон, в силу прямого предписания закона или международного договора. Для обозначения подобного рода судов используется термин "третейские суды". Однако этот термин не отражает правовой сущности указанных юрисдикционных образований. В связи со сказанным исследователи исключают подобного рода третейские суды из системы третейского разбирательства, поскольку они не основаны на соглашении сторон <1>.

<1> См.: Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1994. С. 16.

Тем не менее можно встретить мнение о том, что деятельность судов, разрешающих правовые споры на основании межгосударственных соглашений, необходимо рассматривать как деятельность третейских судов. Так, М.И. Клеандров указывает на то, что "ряд договоров и соглашений, например, Соглашение о межгосударственных перевозках опасных и разрядных грузов, в котором предусмотрена передача споров по нему на решение Экономического суда СНГ, 23 декабря 1993 года подписали 12 государств. Может ли Экономический суд СНГ рассматривать межгосударственные споры с участием государств (одного, а то и обоих) как спорящих сторон, если положение о статусе Экономического суда СНГ на одну из них (или на обе спорящие стороны) не распространяется? Может, если рассматривать подписи остальных четырех государств под Соглашением от 23 декабря 1993 года как обычную арбитражную оговорку о передаче спора на разрешение третейского суда, но тогда Экономический суд СНГ, видимо, для случая с этими четырьмя государствами, правильнее будет рассматривать как третейский" <1>.

<1> Клеандров М.И. Статус судьи. Новосибирск, 2000. С. 226 - 227.

Вряд ли можно согласиться с позицией, занимаемой М.И. Клеандровым. Правовая суть соглашения, достигаемого государствами, о юрисдикционных механизмах разрешения споров не позволяет отнести такие соглашения к третейским (арбитражным). Правовая природа этого соглашения несет в себе черты публичности, имеет характер международного договора, но никак не договора, заключаемого частноправовыми субъектами. Следовательно, акт наделения указанным соглашением определенного юрисдикционного межгосударственного органа (в данном случае Экономического суда Содружества Независимых Государств) правами разрешения определенной категории споров не является третейским соглашением, которое, как известно, может быть достигнуто частноправовыми субъектами для разрешения гражданско-правовых споров.

Таким образом, даже если в наименовании тех или иных юрисдикционных органов встречается термин "третейский суд", это само по себе еще не означает, что такой орган по своей

сути является третейским судом, поскольку в основе его лежит совсем не третейское (арбитражное) соглашение.

Третейское разбирательство как способ разрешения гражданско-правового спора необходимо отличать от так называемого арбитража по техническим вопросам. Между тем в практике, как отмечают исследователи, имеет распространение неверное представление о "технических" третейских судах как подпадающих под законодательное регулирование третейского суда для разрешения правовых споров, в том числе и в части исполнения принимаемых решений <1>. Однако следует иметь в виду, что "технический" арбитраж не решает вопросов права, т.е. тех вопросов, которые призван разрешать третейский суд.

<1> См.: Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда. С. 4.

В некоторых случаях, например по вопросам доброкачественности товара, такой технический арбитраж выполняет функции экспертизы <1>, служащей предпосылкой для разрешения споров в государственном или третейском суде. Как пишут Л.А. Лунц и Н.И. Марышева, технический арбитраж в свое время приобрел большое значение в связи с контрактами на выполнение строительных, проектных, опытно-конструкторских, научно-технических работ и с договорами о передаче и использовании новаторских достижений <2>. Однако, что касается "споров технического характера, возникающих при исполнении какого-либо контракта, то поскольку спор не является правовым, то рассматривающий его третейский суд вообще не подпадает под правовое регулирование организации и деятельности третейского суда для разрешения правовых споров, а вынесенные решения не подлежат исполнению в принудительном порядке через государственные юрисдикционные органы, они всецело основаны на авторитете принявших такое решение специалистов - третейских судей" <3>.

<1> См.: Ницевич А., Лебедев В. Признание и исполнение решения международного коммерческого арбитража в Украине // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 81.

<2> См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс. С. 939 - 940.

<3> Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда. С. 17.

Помимо отграничения третейских соглашений от смежных правовых феноменов, при описании сферы применения третейских соглашений важно дать характеристику тем правоотношениям, на которые законодатель допускает распространение арбитражных договоров.

Как известно, в 2002 г. прошло реформирование процессуального законодательства. В рамках проведения реформы были по-новому решены вопросы отнесения рассмотрения гражданских дел к компетенции различных звеньев российской юрисдикционной системы (как государственных судов - судов общей юрисдикции и арбитражных судов, так и третейских судов).

Для определения круга тех спорных правоотношений, которые могут охватываться третейским соглашением, равно как и для характеристики компетенции третейского суда по разрешению споров на основании третейского соглашения, в последнее время все чаще используют термин "арбитрабельность" <1>.

<1> Виноградова Е.А. Вопросы третейского разбирательства в "пакете" законопроектов о судебной реформе // Третейский суд. 2001. N 3/4. С. 13; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации - 2002. Официальный текст. Закон о третейских судах в Российской Федерации - 2002: Комментарий к Закону. Новосибирск: РИПЭЛ ПЛЮС, 2002; Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" (научно-практический). М.: Омега-Л, 2003; Хвалей В. Арбитраж - арбитры сами решают. Подлежит ли вопрос разрешению в арбитражном порядке // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 69; Костин А.А. "Pacta sunt servanda" в аспекте арбитражного соглашения // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 42; Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. N 5 (29). С. 52; Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. N 1 (25). С. 101; Скворцов О.Ю. Третейский суд. Арбитрабельность споров // Юрист и бухгалтер. 2004. N 2 (15). С. 30 - 34; Петров М.В. Институт оспаривания решений третейских судов: роль норм АПК // Третейский суд. 2004. N 4 (34). С. 113; Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. М.: Права человека, 2004. С. 7; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 381 - 435; Рожкова М.А. К вопросу о содержании понятий "компетентный суд" и "подведомственность дела" // Журнал российского права. 2006. N 1. С. 25 - 27; Скворцов О.Ю. Проблемы третейского разбирательства предпринимательских споров в России: Автореф. дис. ... д.ю.н. СПб., 2006.

В том случае, если есть основания утверждать, что споры арбитрабельны, это помимо прочего означает и то, что третейское соглашение, заключавшееся в отношении этих споров, действительно.

Доктрина арбитрабельности весьма развита в науке международного коммерческого арбитража, но она вполне проецируется и на проблемы, связанные с определением сферы действия третейских соглашений относительно внутренних российских третейских судов.

При помощи доктрины арбитрабельности очерчивается круг дел, подведомственных третейским судам, а также определяются условия таковой подведомственности, в том числе и сфера применения третейских (арбитражных) соглашений.

Понятие арбитрабельности применительно к деятельности третейских судов означает предметную подведомственность споров этим юрисдикционным органам. Другой аспект арбитрабельности заключается в такой характеристике спорных правоотношений, по поводу которых допустимо заключение третейского (арбитражного) соглашения. Термин "арбитрабельность" не применяется для характеристики подведомственности дел государственным судам, в том числе государственным арбитражным судам, что помимо прочего объясняется и тем, что стороны не могут заключать соглашений об изменении подведомственности.

Термин "арбитрабельность" укоренился в зарубежном правоведении и, по сути дела, сформировался в целостную доктрину <1>. К примеру, в немецкой доктрине выделяются объективная арбитрабельность, которая определяет, какие виды споров могут быть предметом третейского соглашения (характер материальных правоотношений, передаваемых на разрешение третейского суда), и субъективная арбитрабельность (*ratione personae*), под которой подразумевается наличие способности сторон заключать действительное третейское соглашение, т.е. быть субъектами третейского соглашения <2>. В австрийском праве под объективной арбитрабельностью понимается возможность заключения арбитражного соглашения в отношении предмета спора; субъективная же арбитрабельность понимается как способность стороны к заключению арбитражного соглашения (что рассматривается в целом как аналог соответствующей процессуальной дееспособности) <3>.

<1> Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration. S. I., 1999; Бриннер Р. Роль МТП в подготовке Нью-Йоркской конвенции // Третейский суд. 2003. N 6 (30). С. 12; Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. N 2 (32). С. 49; Он же. Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 12 - 13.

<2> Иффланд К. Защита прав непрофессиональных участников фондового рынка при заключении третейского соглашения по немецкому праву // Финансовое право. 2003. N 6. С. 51; Курочкин С.А. Подведомственность дел третейским судам // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. N 2. 2002 - 2003 / Под ред. В.В. Яркова. СПб.: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 323 - 324.

<3> См.: Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития. С. 49; Он же. Комментарий к новому Австрийскому арбитражному законодательству. С. 12 - 13.

Нам видится, что укоренение доктрины арбитрабельности является одним из эффективных способов определения круга спорных правоотношений, которые могут охватываться третейским (арбитражным) соглашением и, следовательно, подпадают под юрисдикцию третейских судов.

В отличие от термина "подведомственность", который является более широким по своему содержанию, категория "арбитрабельность" четко указывает на специфические особенности определения круга дел особым органам частноправового характера - третейским судам (коммерческим арбитражам). Окончательное укоренение теории арбитрабельности будет отражать позитивную тенденцию юридико-технического совершенствования в этой области. В этой связи вряд ли можно согласиться с С.А. Курочкиным, который отвергает укоренение термина "арбитрабельность" в российском правоведении, ссылаясь на то, что арбитрабельность в отличие от подведомственности не имеет межотраслевого характера, а потому ее эффективность в отечественных условиях можно поставить под сомнение <1>. Важно отметить, что арбитрабельность отражает свойства того правового механизма, при помощи которого обеспечивается распределение дел между различными юрисдикционными звеньями (в нашем случае - отнесение при наличии определенных условий некоторых категорий споров к подведомственности третейских судов). При этом термин "арбитрабельность" отражает качественную специфику механизма передачи дел третейским судам, в частности круг тех правоотношений, которые могут охватываться третейским соглашением, и как следствие - соответствующие правомочия третейского суда по рассмотрению и разрешению споров, переданных в соответствии с третейским соглашением. В ходе решения этого вопроса

исследуется объективная характеристика спора (его отнесение законодательством к кругу тех споров, которые вправе разрешать третейский суд) и рассматривается субъективный фактор, к которому следует отнести волеизъявление заинтересованных лиц передать дело на рассмотрение третейского суда.

<1> См.: Курочкин С.А. Подведомственность дел третейским судам. С. 324; Он же. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: Теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 184 - 185.

Доктрина арбитрабельности позволяет учесть и иные аспекты, связанные с определением круга дел, подведомственных третейским судам, чем исключается односторонность института подведомственности. К примеру, в ст. 248 АПК РФ установлена исключительная компетенция российских арбитражных судов в отношении определенных категорий споров (по спорам, предметом которых является недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории России, или права на него и др.). Однако применение указанной нормы к деятельности третейских судов (включая международные коммерческие суды), рассматривающих споры с участием иностранных юридических лиц, недопустимо <1>. Эту категорию споров следует рассматривать как арбитрабельную, поскольку она входит в компетенцию третейских судов, если вытекает из гражданско-правовых отношений. Однако термин "арбитрабельность" в данном случае означает не подведомственность, а наличие компетенции на рассмотрение указанной категории споров, предопределяемой правом сторон при заключении третейского соглашения отнести их к рассмотрению третейских судов.

<1> См.: Комаров А.С. Международный арбитраж в России // ЭЖ-Юрист. 2004. N 12. С. 9; Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решений третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2004. N 9. С. 171.

В современных дискуссиях о критериях отнесения дел к компетенции третейских судов обсуждается целый ряд вопросов, в том числе и вопрос о той сфере правоотношений, в которой допустимо заключение третейского (арбитражного) соглашения. Остроту дискуссиям придает то, что российский законодатель скуп в регулировании критериев, при помощи которых может быть определена соответствующая сфера применения третейского соглашения.

Так, в соответствии с законодательством третейскому суду могут быть переданы гражданско-правовые споры, однако сделано это может быть только в том случае, если иное не предусмотрено федеральным законодательством. В этой связи исследователи предлагают более детализированные подходы к определению круга правоотношений, которые подпадают под третейские (арбитражные) соглашения.

Представляет интерес та ситуация в науке и практике третейского разбирательства, которая сложилась в дореволюционной России. В соответствии со ст. 1368 Устава гражданского судопроизводства к компетенции третейских судов были отнесены все споры о праве гражданском, подведомственные гражданским судебным местам, кроме дел о личных правах состояния или сопрягаемых с интересами малолетних или иных лиц, находящихся под опекой, казенных учреждений, земских, городских и сельских обществ, а также дел, сопряженных с преступлением или проступком. В юридической литературе того периода при характеристике подведомственности дел третейским судам отмечалось, что правительство "не может одобрить системы разбирательства третейским судом тяжб и исков, сопрягающихся с государственным и общественным интересом, соблюдение которого считается обеспеченным только в судах коронных, вследствие чего подсудность третейского суда должна простираться исключительно на дела, где упомянутые интересы не замешаны, то есть частноправовые в тесном значении этого слова" <1>. Следствием этого стали дискуссии о том, какие категории частноправовых споров должны быть отнесены к подведомственности третейских судов в смысле ст. 1368 Устава гражданского судопроизводства <2>. Отмечалось, в частности, что к подведомственности третейских судов не могли быть отнесены дела "о личных состояниях", к каковым причислялись "дела о законности рождения, об отыскании прав состояния, дела по просьбам супругов о понуждении к совместному жительству, об истребовании одним из супругов от другого детей" <3>, т.е. споры, которые возникали из семейных правоотношений, а также дела особого производства. Таким образом, сфера применения третейского соглашения уже в дореволюционное время ограничивалась теми правоотношениями, в которых не было ни малейшего намека на публичное начало.

<1> Шенинг В.А. О силе решений третейского суда // Журнал Министерства юстиции. 1896. N 6. С. 85.

<2> См.: Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI: Мировой устав. Мировые сделки. Третейский суд. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1887. С. 244 и сл.; Змирлов К. Имеют ли право сонаследники на основании статьи 1422 Устава гражданского судопроизводства обратиться с просьбой о разделе наследства к третейскому суду? // Журнал гражданского и уголовного права. 1882. Кн. 1. С. 32 - 33; Шенинг В.А. О силе решений третейского суда // Журнал Министерства юстиции. 1896. № 6. С. 86 - 87.

<3> Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI: Мировой устав. Мировые сделки. Третейский суд. С. 248.

Зарубежный опыт регулирования третейского разбирательства свидетельствует о том, что возможны иные, нежели в российском правоведении, подходы к определению круга правоотношений, в отношении которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение. Так, например, в соответствии с § 577 Гражданского процессуального кодекса Австрии предметом арбитражного разбирательства могут быть любые споры, по которым стороны способны заключать мировое соглашение <1>. Это же правило закреплено и шведским Законом об арбитраже 1999 г. <2>.

<1> См.: Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития. С. 50.

<2> См.: Хвалеи В. Как убить арбитражное соглашение. С. 59.

Установление категорий споров, которые могут рассматриваться третейским судом, диктуется усмотрением законодателя, но, с другой стороны, предопределено объективными потребностями гражданского оборота, в рамках которого развиваются гражданско-правовые отношения, требующие соответствующих правовых форм их защиты и обеспечения.

В российском законодательстве установлены различные режимы деятельности внутренних третейских судов и международных коммерческих арбитражей. Это влечет и различные правила определения сферы действия третейских (арбитражных) соглашений, на основании которых происходит рассмотрение споров, с одной стороны, внутренними третейскими судами и с другой - международными коммерческими арбитражами. Это проявляется даже в терминологии. Если в Законе о международном коммерческом арбитраже используется термин "арбитражное соглашение", то Закон о третейских судах оперирует термином "третейское соглашение".

Вместе с тем, с нашей точки зрения, вполне допустимо, чтобы внутренние третейские суды рассматривали как споры между отечественными предпринимателями, так и споры международного характера. Таким образом, один и тот же постоянно действующий третейский суд (в зависимости от того, спор с какими субъектами он рассматривает) применяет различные правила разбирательства: правила, установленные Законом о международном коммерческом арбитраже или Законом о третейских судах. Это касается и вопроса об определении круга споров, в отношении которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение.

Поскольку нормы, регулирующие сферу применения третейского соглашения, рассредоточены в различных законодательных актах, это влечет определенные коллизии. Так, по сию пору бесспорно не определен круг правоотношений, по поводу которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение. В литературе на эту проблему обращалось внимание в контексте необходимости окончательного определения категории дел, в отношении разрешения которых третейский суд является компетентным <1>. Установление исчерпывающего перечня правоотношений, относительно которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение, имеет важное значение в контексте обеспечения стабильности института третейского разбирательства. Неопределенность в вопросе о круге дел, которые могут быть переданы на рассмотрение и разрешение третейского суда, может раскачать не только институт третейского разбирательства, но даже поколебать устойчивость судебных процедур, осуществляемых государственными судами.

<1> См.: Зайцев А.И. Судебно-правовая политика в сфере третейского разбирательства // Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Мальцева. М.: Норма, 2003. С. 475.

Если обратить взор на историю вопроса, то можно убедиться, что круг спорных правоотношений, которые были подведомственны третейским судам, неоднократно изменялся. Законодатель то расширял передаваемые на разрешение третейского суда категории споров до очень широкого круга, то сужал предметную подведомственность дел третейских судов. Очевидно, что нет и не может быть один раз и навсегда очерченной сферы общественных отношений, которая может отдаваться на откуп третейским соглашениям и, следовательно, юрисдикции третейского суда. Однако конкретная сфера спорных правоотношений, которые могут

передаваться на рассмотрение третейского суда, определяется законодателем в зависимости от того, каким образом складывается социально-экономическая и политическая обстановка, каков уровень развития правосознания в обществе, каковы правовые и моральные традиции в государстве. В то же время существуют закономерные тенденции при определении круга правоотношений, по поводу которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение: третейский суд, будучи частным судом, в целом ориентирован на разрешение споров частного характера. Соответственно в целом третейские соглашения, как правило, могут заключаться частными субъектами в отношении частных отношений. И здесь нельзя не вспомнить слова, произнесенные более чем полтора века назад. В свое время один из первых отечественных исследователей третейских судов - А.И. Вицын писал: "...существо третейского суда вызывает прежде всего вопрос: какие дела могут подлежать его ведению? Существо института и дает ответ на вопрос. Если это суд частного лица, то естественно ожидать, что законодательство не допустит его по делам, которыми ближе всего заинтересовано само государство. Этим исключаются из ведомства третейского суда дела уголовные... Как институт гражданский, третейский суд и может вести только дела чисто гражданские" <1>.

<1> Вицын А. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение // Третейский суд. 1999. N 4 - 6. С. 98 - 99.

В первые годы после Октябрьской революции были приняты первые декреты, целью которых являлось создание новой юрисдикционной системы. Помимо прочего были урегулированы и основы деятельности третейских судов, в том числе и правила, при помощи которых определялся круг правоотношений, по поводу которых допускалось заключение третейского соглашения, а также определялась подведомственность рассмотрения споров третейскими судами. В соответствии с Декретом о суде <1> от 22 ноября (5 декабря) 1917 г. и Декретом о третейском суде <2> от 16 февраля 1918 г. допускалась даже возможность передачи на рассмотрение третейского суда уголовных дел, возбужденных на основании заявления потерпевших. Сфера применения третейских соглашений была довольно широка. Так, в соответствии со ст. 1 Декрета о третейском суде таковыми были подведомственны все споры по гражданским делам, за исключением лишь дел, подсудных специальным судам или иным установленным на основании законов о трудовом договоре и социальном страховании.

<1> См.: Декреты Советской власти. М.: Политиздат, 1957. Т. 1. С. 124 - 126.

<2> См.: Там же. С. 476 - 478.

В дальнейшем, на всем протяжении двадцатого столетия, при регулировании третейского судопроизводства в нашем государстве шло сужение сферы применения третейских соглашений.

В настоящее время российское арбитражное процессуальное законодательство и гражданское процессуальное законодательство устанавливают общие критерии споров, в отношении которых может быть заключено третейское (арбитражное) соглашение и которые допустимы к разрешению третейскими судами. К таким общим законодательным критериям относятся:

- спор, возникший из гражданских правоотношений; он может быть передан на рассмотрение третейского суда до принятия судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, если иное не установлено федеральным законом (ч. 3 ст. 3 ГПК РФ; ч. 6 ст. 4 АПК РФ);

- на рассмотрение третейского суда не могут быть переданы споры по делам, возникающим из административных и иных публично-правовых отношений; по делам особого производства; по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение.

В сферу применения третейского соглашения не входят те правоотношения, которые складываются в связи с установлением юридических фактов. Обусловлено это тем, что установление юридических фактов обладает публично значимым эффектом. При этом данная категория правоотношений, имея существенное значение для заинтересованных лиц, в то же время носит бесспорный характер, вследствие чего подобные дела отнесены к категории дел особого производства <1>. Отсутствие спора является наиболее яркой характеристикой этой категории дел, что решающим образом оказывает влияние на те правовые способы, при помощи которых защищаются законные интересы лиц, участвующих в этих процедурах. Решение суда по делам об установлении юридических фактов имеет правопреобразующее значение (например, решение по делу о признании лица умершим "обуславливает прекращение правоспособности (а не субъективных прав) лица, так же как в другом случае решение суда может означать прекращение дееспособности лица или ее ограничение" <2>). Таким образом, при определении круга правоотношений, которые попадают в сферу применения третейских (арбитражных) соглашений, отношения, связанные с установлением юридических фактов, должны быть

исключены. Как следствие, исключается из предметной подведомственности третейских судов и соответствующая категория дел. Запрет передачи дел об установлении юридических фактов в ведение третейским судам последовательно обосновывается в литературе тем, что противоположный подход несовместим с частноправовой функцией третейского судопроизводства <3>.

<1> См.: Мельников А.А. Особое производство в советском гражданском процессе. М.: Наука, 1964. С. 7.

<2> Курс советского гражданского процессуального права. В 2 т. Т. 2: Судопроизводство по гражданским делам. М.: Наука, 1981. С. 174 (автор главы - Д.М. Чечот).

<3> См.: Баронов О.В. Комментарий к Временному положению о третейском суде для разрешения экономических споров // Третейский суд. 1999. N 1. С. 5; Арбитражный процесс: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. М.К. Треушникова, В.М. Шерстюка. М., 2000. С. 451 (автор главы - Е.В. Кудрявцева); Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Спорные вопросы предметной подведомственности третейских судов // Третейский суд. 2000. N 5. С. 21 - 28.

Сфера применения третейских соглашений определяется на основе принципа общего дозволения: третейскому суду подведомственны все гражданско-правовые споры, следовательно, третейское соглашение может быть заключено в отношении всех гражданских правоотношений. Впрочем, есть существенное ограничение. Рассмотрение третейским судом гражданско-правовых споров допустимо только в том случае, если иное не предусмотрено федеральным законодательством. Таким образом, и допустимость заключения третейского соглашения определяется отсутствием запрета в федеральном законодательстве. При определении подведомственности дел третейским судам и допустимости третейских соглашений законодатель исходит, во-первых, из характера дел (спору из отношений гражданского характера); во-вторых, из тесно связанного с первым критерием состава участников третейского разбирательства и, в-третьих, из отсутствия прямо предусмотренных законом исключений из подведомственности дел третейским судам. Из сферы третейского судопроизводства исключены некоторые категории дел, которые могут иметь частноправовой характер. К примеру, в соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" дело о несостоятельности (банкротстве) неисправного должника не может быть передано на рассмотрение в третейский суд даже при наличии соглашения всех заинтересованных лиц. Изъятие подобного рода категорий дел из компетенции третейских судов объясняется их особой значимостью для экономической жизни страны и необходимостью контролирующего присутствия государства в процессах принудительного упразднения субъектов гражданского оборота. Таким образом, не может быть заключено третейское соглашение относительно тех споров, которые касаются банкротства несостоятельного должника.

Заметим, однако, что изъятие дел о несостоятельности (банкротстве) из сферы применения третейских соглашений не является абсолютным. Как в правовой истории нашего государства, так и в практике зарубежных государств можно найти примеры того, что в некоторых случаях допускается возможность заключения третейских соглашений о передаче дел о несостоятельности на рассмотрение третейских судов. Так, например, в 1800 г. в Российской империи было установлена норма, согласно которой при обоюдном согласии спорящих сторон конкурсное производство передавалось на рассмотрение посредников (третейских судей) <1>.

<1> См.: Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву // Третейский суд. 1999. N 2/3. С. 85.

Современная практика регулирования несостоятельности в зарубежных государствах также допускает возможность рассмотрения частноправовых споров о банкротстве в третейских судах. Так, в Соединенных Штатах Америки коммерческие арбитражи (третейские суды) вправе рассматривать не только дела о банкротстве, но и споры, вытекающие из антимонопольного законодательства, законодательства о ценных бумагах, патентах и даже споры на основании Закона о находящихся под влиянием рэкетиров и коррумпированных организациях (RICO) <1>, иски о дискриминации на работе, включая и сексуальные домогательства <2>. Современное законодательство европейских государств также допускает возможность арбитражного рассмотрения правовых конфликтов в сфере антитрестовского контроля и контроля за слияниями и поглощениями, т.е. в области публичного права <3>. Шведский Закон об арбитраже 1999 г. предусматривает, что предметом арбитража могут являться также и гражданско-правовые отношения, связанные с административным регулированием <4>.

<1> См.: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж: Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. СПб.: Сентябрь, 2001. С. 36.

<2> См.: Ярков В.В. Краткий комментарий к главе 30 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации "Производство по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов // Третейский суд. 2003. N 3 (27). С. 40.

<3> См.: Бардина М.П. О книге М. Блессинга "Арбитражное рассмотрение вопросов антитрестовского контроля и контроля за слияниями (Mark Blessing. Arbitration Anti trust and Merger Control Issues) // Третейский суд. 2003. N 6 (30). С. 166 - 167.

<4> См.: Хвалеи В. Как убить арбитражное соглашение. С. 59.

Исключение из сферы применения третейских соглашений определенных правоотношений, а из сферы компетенции третейских судов определенных категорий споров основывается и на принципе специальной подведомственности дел арбитражным судам, установленном процессуальным законодательством. Так, например, споры о создании, реорганизации и ликвидации организаций, споры об отказе в государственной регистрации отнесены к компетенции арбитражных судов (ст. 33 АПК РФ). Эти категории споров не могут быть предметом третейского соглашения, так как соответствующие правоотношения имеют административно-правовой характер.

Ограничения сферы применения третейских соглашений могут быть установлены исключительно в соответствии с федеральным законом. Это означает, что из компетенции третейских судов не могут быть изъяты передаваемые соглашением сторон на их рассмотрение споры гражданско-правового характера на основании иных нормативных правовых актов, например, на основании указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, нормативных актов, издаваемых министерствами и ведомствами, и др.

Для анализа предметной области применения третейских соглашений важное значение имеет категория "гражданско-правовые отношения". В соответствии с действующим законодательством под гражданско-правовыми отношениями понимаются отношения, связанные с возникновением, порядком осуществления и прекращением права собственности и иных вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), договорные и иные обязательства-правовые отношения, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (ст. 2 ГК РФ). Сюда же включаются отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием, поскольку таковые являются разновидностью гражданско-правовых отношений.

Однако в понимании содержания гражданско-правовых отношений среди юристов нет единства. В юридической литературе высказывается мнение, что понятие "гражданско-правовые споры" необходимо трактовать расширительно <1>. В то же время рядом авторов отмечается, что возможны определенные трудности в толковании этого понятия и следующих отсюда трудностях отнесения к подведомственности третейских судов тех или иных категорий дел. Так, А.И. Зайцев пишет о том, что "в третейский суд по соглашению сторон третейского разбирательства может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, а ГПК в ряде статей (см., например, ст. 2, п. 1 ч. 1 ст. 22) проводит отграничение гражданских правоотношений от трудовых, семейных, жилищных, земельных, экологических и т.п., акцентируя при этом внимание на том, что только спор из гражданских правоотношений может по соглашению сторон быть передан на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом. В результате данного логического построения получается, что в третейском суде могут быть предметом разбирательства исключительно споры из гражданских в узком смысле слова правоотношений, вследствие чего решение третейского суда по спору из любых иных правоотношений является незаконным и подлежит обязательной отмене. Однако это не совсем соответствует действительности, так как ряд нормативных актов, регламентирующих не гражданские в узком смысле слова правоотношения, тем не менее прямо предусматривают возможность их разрешения в третейском суде (см., например: ст. 64 Земельного кодекса, ст. 156 Жилищного кодекса и др.)" <2>. Если мы обратимся к действующему гражданско-процессуальному законодательству, то обнаружим, что под гражданскими понимаются "гражданские отношения в узком смысле". Иные частные отношения - земельные, трудовые, семейные и проч. - в данном случае не рассматриваются в качестве гражданско-правовых.

<1> См.: Кудрявцева Е.В. Оспаривание решений третейских судов // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004. С. 176 - 177.

<2> Зайцев А.И. Комментарий к главе 46 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации "Производство по делам об оспаривании решений третейских судов" // Третейский суд. 2003. N 5 (29). С. 18 - 19.

Нам представляется, что в контексте исследования сферы применения третейских соглашений под гражданско-правовыми отношениями, которые могут быть предметом третейского разбирательства, следует понимать частные отношения или, другими словами, гражданско-правовые отношения в широком смысле, т.е. отношения, которые складываются между частными субъектами. В какой-то степени это находит свое подтверждение и в действующем законодательстве, которое допускает возможность рассмотрения иных частных отношений в третейском суде. Но самое главное заключается в том, что это следует не столько из буквы, сколько из духа законодательства. Идея третейского разбирательства и третейского соглашения покоится на постулате, согласно которому третейское соглашение является фундаментом рассмотрения третейскими судами споров между независимыми субъектами гражданского оборота, выступающими в качестве частных лиц.

В то же время предлагаемый широкий подход к пониманию гражданско-правовых отношений не означает того, что все частные отношения должны рассматриваться в качестве основы для заключения третейских соглашений и соответствующего включения в предметную подведомственность третейских судов. По-видимому, ряд спорных правоотношений частного характера должен находиться в сфере государственного контроля. Сюда, к примеру, могут быть отнесены некоторые категории семейных споров, трудовых споров, споров с участием социально незащищенных лиц и проч.

В связи с этим представляется интересным тот опыт, который накоплен в Украине. Так, в соответствии с Законом Украины "О третейских судах" (2003 г.) из подведомственности третейских судов исключены споры, касающиеся семейных и трудовых отношений (за исключением споров, возникающих из брачных и трудовых контрактов) <1>. Таким образом, в украинском законодательстве имеется прямое дозволение в отношении включения в сферу применения третейских соглашений тех отношений, которые вытекают, например, из брачных контрактов. Возможно, что подобного рода нормы были бы не лишними и в российском законодательстве.

<1> См.: Токаренко Е. Новый закон Украины о третейских судах (арбитраже) // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 74.

Представляется, что украинский опыт может быть воспринят и российским законодателем: гражданско-правовые отношения следует толковать в широком смысле - как отношения частного права, складывающиеся между частными субъектами. Неслучайно в литературе отмечается, что "под гражданскими делами сегодня понимаются юридические конфликты, возникающие из частноправовых отношений - гражданских, жилищных, земельных, трудовых, семейных" <1>. Опорой в данном случае может быть и практика деятельности Европейского суда по правам человека, в которой термин "спор о гражданских правах и обязанностях" зачастую используется как синоним спора о частном праве. Это дает основание исследователям утверждать, что "...тем самым подчеркивается, что в споре затрагивается право, принадлежащее частному лицу и отнесенное к сфере частного права" <2>.

<1> Коршунов Н.М., Мареев Ю.Л. О праве на судебную защиту в свете нового Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. С. 245.

<2> Старженецкий В.В. Россия и Совет Европы: право собственности. М.: Городец, 2004. С. 84.

В контексте подхода к этой проблеме Европейского суда по правам человека особенно ощутима некоторая неопределенность понятия "гражданско-правовые отношения" в российском правоведении. Очевидным это становится в случаях, когда такая неопределенность возникает в отношениях с иностранными лицами, которые под гражданско-правовыми подразумевают гораздо более широкий круг отношений, нежели это традиционно делается в российском правоведении. При этом ситуацию усложняет то обстоятельство, что отношения с участием иностранных и российских лиц регулируются не только ГК РФ, но и нормами международного права, которое содержит также гораздо более широкий подход к пониманию гражданско-правовых отношений.

Очевидно, что при использовании понятия "гражданские права и обязанности" современные российские суды и правоприменители не могут игнорировать подходы, которые выработаны Европейским судом по правам человека, который много раз указывал на то, что понятие гражданских прав и обязанностей, хотя прямо и не предусмотрено Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), однако может быть определено путем очерчивания его границ судебной практикой. При этом указанное понятие не должно толковаться путем простой отсылки к внутреннему праву, оно должно получить автономное определение. Любой иск, имеющий имущественный предмет и основанный на посягательстве на права, также

имущественные, касается в принципе гражданских прав и обязанностей. Таким образом, маловажны природа права, в соответствии с которым должен быть разрешен спор (гражданское, торговое, административное и т.д.), и природа органа, компетентного в данной области (общая юрисдикция, административный орган и т.д.) <1>.

<1> См.: Микеле де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 325 - 326.

Особенно наглядно необходимость точной интерпретации гражданско-правовых отношений проявляется при рассмотрении отдельных категорий споров, в отношении которых могут (или не могут) быть заключены третейские соглашения.

Среди наиболее острых проблем при определении круга правоотношений, в связи с которыми может быть заключено третейское соглашение, пожалуй, наиболее острым является вопрос о рассмотрении этими частными юрисдикционными органами споров о правах на недвижимое имущество. Дебаты по этой проблеме идут уже много лет, однако в настоящее время в этой области не намечается не только консенсуса, но даже сколько-нибудь внятных подходов к определению объемов полномочий и даже самой допустимости рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе.

В той или иной форме в дискуссию включается Высший Арбитражный Суд РФ. Однако и те позиции, которые в последние годы были сформулированы этим высшим судебным органом, пока не находят своего окончательного укоренения и восприятия юридическим сообществом.

Весьма ярко неопределенность точек зрения и отсутствие реальных предпосылок для сближения позиций спорящих сторон проявились во время дискуссии, проходившей на первом съезде третейских судей (Москва, июнь 2006 г.) <1>, а также при обсуждении законопроекта о внесении изменений в законодательные акты по вопросу определения полномочий третейских судов и международных коммерческих арбитражей, которое происходило на заседании Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (Москва, октябрь 2006 г.) <2>.

<1> См. выступления участников съезда: Суханов Е.А. О третейском разбирательстве споров // ЭЖ-Юрист. 2006. N 24; Кандауров Д.В. Проблемы с регистрацией права собственности // ЭЖ-Юрист. 2006. N 24. Кроме того, материалы Первого Всероссийского съезда третейских судов опубликованы в журнале: Третейский суд. 2006. N 4.

<2> Материалы, связанные с этим обсуждением, опубликованы в журнале: Третейский суд. 2006. N 5 (47). С. 20 - 28.

Интересно отметить, что во второй половине XIX в. российские правоведы были вынуждены размышлять практически над теми же проблемами, что и сегодняшние специалисты по третейскому разбирательству. Однако удовлетворительного решения вопроса о сфере применения третейского соглашения, в том числе и по поводу отношений, связанных с недвижимым имуществом, так и не было найдено. Это негативным образом сказалось на институте третейского разбирательства. Сфера применения третейских соглашений была сужена до минимума, а само третейское разбирательство было "задвинуто в темный угол" российской правовой действительности.

Дореволюционное регулирование сферы применения третейских соглашений базировалось на правоположениях Устава гражданского судопроизводства. Согласно этому Уставу "все споры, подлежащие рассмотрению гражданских судебных мест, могут быть рассматриваемы и разрешаемы третейским судом" (ст. 1368). К числу изъятий из сферы применения третейского соглашения, а следовательно, и из компетенции третейского суда были отнесены "дела о недвижимых имуществах, когда в числе участвующих есть лица, ограниченные по закону в правах приобретения этих имуществ или в правах владения и пользования ими".

В то же время, как и сегодня, в те времена негативная деятельность некоторых третейских судов вызывала их неприятие многими русскими правоведом. Это проявлялось как в юридических публикациях, так и в судебной практике.

Подобного рода негативные проявления имели следующие формы. В некоторых случаях устраивались фиктивные третейские процессы, целью которых было стремление укрепить права на недвижимое имущество в обход существующих правоположений. Иной раз, используя третейские разбирательства, недобросовестные лица стремились избежать уплаты крепостных пошлин, требуемых казной за переход вещных прав на недвижимое имущество. С целью предотвращения злоупотреблений в этой сфере в 1887 г. в Устав гражданского судопроизводства была введена дополнительная ст. 1394-1, которая предоставляла право мировому судье или окружному суду, получившему решение третейского суда, состоявшееся по иску о праве

собственности на недвижимое имущество, передавать копию этого решения Казенной палате, которая, усмотрев, что этим решением установлен переход от одного лица к другому недвижимого имущества во избежание платежа крепостных пошлин, должна была составить расчет следующих ко взысканию платежей по правилам о порядке взыскания пошлин с имуществ, переходящих безвозмездными способами.

Помимо указанных законодательных мер в судебной практике были сформулированы правила, согласно которым государственный суд был вправе уничтожить по иску генерал-губернатора те решения третейского суда, которые были результатом не действительного, а фиктивного спора, под которым скрывалось в третейской записи соглашение об укреплении имени в обход закона <1>.

<1> См.: Тютрюмов И.М. Устав гражданского судопроизводства, с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 сентября 1915 года). В 2 т. Т. 2. Пг., 1916. С. 2054; Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / Сост. И.М. Тютрюмов. Кн. 2. М.: Статут, 2004. С. 540.

Однако всех указанных мер оказалось недостаточно. В 1895 г. правительством была организована систематическая ревизия третейских судов. Среди основных результатов, к которым пришла правительственная комиссия, стали выводы о том, что заинтересованные лица прибегают к третейскому суду в тех случаях, когда между ними в действительности никакого спора не существует, и под прикрытием третейского разбирательства они желают достигнуть в обход закона "прикрепления прав на недвижимое имущество". Бывало это тогда, когда продавец такого имущества не имел документов, необходимых для совершения купчей крепости у нотариуса. Кроме того, к третейскому суду обращались наследники недвижимого имущества и под видом разрешения возникшего между ними спора избегали довольно сложной и дорогостоящей процедуры раздела имущества. Ревизионными отчетами отмечено несколько случаев обращения мнимо тяжущихся к третейскому суду с целью достигнуть прикрепления недвижимого имущества во вред третьим лицам. Основываясь на приведенных данных, комиссия по пересмотру законоположений по судебной части пришла к заключению о необходимости полного изъятия дел о недвижимых имуществах из ведения третейского суда. В соответствии с этой рекомендацией и была составлена ст. 1066 проекта новой редакции Устава гражданского судопроизводства, которая установила запрет на рассмотрение третейскими судами споров о недвижимом имуществе <1>.

<1> Гессен И. Третейский суд в гражданском процессе // Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза, И.А. Ефрона (<http://www.cultinfo.ru/fulltext/1/001/007/102/102437.htm>).

Подводя итог вышеизложенному, необходимо отметить, что в конечном счете сфера применения третейских соглашений в дореволюционной России была существенно сужена вследствие того, что третейские суды и участники третейского разбирательства злоупотребляли своими правами, а государство не сумело найти эффективных механизмов противодействия таким злоупотреблениям.

Современное регулирование возможности заключения третейских соглашений о правах на недвижимость связано со вступлением в законную силу Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" <1>. В этом Законе были сформулированы нормы, которые стали основой для распространения третейских соглашений о передаче споров о правах на недвижимость на разрешение третейских судов. Так, в соответствии со ст. 17 указанного Закона вступившие в законную силу судебные акты (к числу каковых Закон отнес и решения, принимаемые третейским судом) являются основанием для регистрации прав на недвижимое имущество. При этом, согласно ст. 28 этого же Закона, права на недвижимое имущество, установленные решением суда (в том числе и третейского суда) подлежат государственной регистрации на общих основаниях. Момент возникновения права определяется решением суда.

<1> Впрочем, и до принятия упомянутого Закона третейские суды рассматривали споры о признании права собственности на недвижимость, хотя такая практика и не имела широкого распространения. При этом не было каких-либо явно выраженных законодательных препятствий к такой практике. Во всяком случае ни ГК РФ, ни действовавшее на тот момент Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров не содержали каких-либо ограничений в этой сфере.

Кроме того, государственная регистрация прав на недвижимость на основании решения третейского суда упоминается еще в Федеральном законе "Об ипотеке (залоге недвижимости)". В ст. 25 этого Закона указывается, что "регистрационная запись об ипотеке погашается... на основании решения суда, арбитражного суда или третейского суда о прекращении ипотеки".

Таким образом, положения этих двух Законов свидетельствуют о принципиальной допустимости заключения третейских соглашений, которыми споры о правах на недвижимое имущество могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Специальное законодательство о третейских судах также не содержит ограничений в части заключения третейских соглашений, в соответствии с которыми споры о правах на недвижимое имущество передавались бы на рассмотрение третейских судов. Так, в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Аналогичная по смыслу норма сформулирована в ч. 6 ст. 4 АПК РФ и в ч. 3 ст. 3 ГПК РФ. Объекты недвижимости являются объектами гражданского оборота. Субъектам гражданского оборота предоставлено право совершения с этими объектами необходимых сделок. Если же при заключении и исполнении таких сделок возникают споры, то заинтересованные стороны сделки с недвижимостью вправе заключать третейское соглашение о передаче таких споров на разрешение третейского суда. Это общая логика, которая следует из толкования действующего законодательства.

Однако в современной литературе развернута дискуссия о том, каковы пределы правовых возможностей сторон при заключении третейского соглашения о передаче споров о правах на недвижимость на разрешение третейского суда.

Дискуссия идет не только в научно-практической литературе. Фактически, хотя и не напрямую, между собой дебатировать и судьи при рассмотрении споров, вытекающих из принятия третейских соглашений.

Однако отсутствие должного регулирования в сфере допустимости заключения третейских соглашений о правах на недвижимость привело и к ощутимой нестабильности в судебно-арбитражной практике по этому вопросу. При этом несогласованность действий судов проявляется даже на уровне высших судебных инстанций - Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Особо хочется отметить, что в последние годы в деятельности арбитражных судов проявляется своего рода запретительная тенденция, которая включает в себя максимальное ограничение возможностей третейских судов рассматривать споры о правах на недвижимое имущество, равно как и заключать третейские соглашения о передаче споров о правах на недвижимость на разрешение третейских судов.

Отметим, что Верховный Суд РФ более либерален при определении подходов к разрешению этой проблемы. Но при этом у Верховного Суда, конечно, нет и такой широкой практики, как у Высшего Арбитражного Суда. Так, позиция Президиума Верховного Суда РФ нашла отражение в обзоре судебной практики за четвертый квартал 2004 г. В частности, Президиум указал, что применение абз. 6 п. 1 ст. 17 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", исходя из буквального его толкования, приведет к ограничению выбора формы защиты субъективного права. В связи с этим решение третейского суда следует рассматривать в качестве основания для регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, несмотря на отсутствие в Законе указания на вступление решения третейского суда в законную силу <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. N 7.

В свое время практически такая же позиция формулировалась и Высшим Арбитражным Судом РФ. Так, в письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 августа 1997 г. N С5-7/О3-581 "О Федеральном законе "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" <1> разъяснялось, что регистрация прав на недвижимое имущество, установленных решением третейского суда, осуществляется в соответствии со ст. 28 Закона.

<1> Вестник ВАС РФ. 1997. N 10.

Однако с принятием информационного письма от 22 декабря 2005 г. N 96 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов" Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ были сформулированы иные подходы к этой проблеме. Так, в упомянутом обзоре отмечается, что вопрос о праве собственности на недвижимое имущество относится к исключительной компетенции государственных судов (п. 27). Приведем аргументы, к которым прибегает Президиум. Упомянутому выводу предшествует ссылка на ст. 17 Федерального закона

"О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним": основанием для государственной регистрации наличия, возникновения, прекращения, перехода, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество и сделок с ним являются вступившие в законную силу судебные акты.

Таким образом, позиция Высшего Арбитражного Суда РФ оказалась не только измененной, но и конфликтующей с позицией Верховного Суда РФ. При этом, что характерно, Высший Арбитражный Суд РФ в своем обзоре даже не упомянул о ст. 28 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", словно соответствующей нормы о решении третейского суда как основании регистрации прав на недвижимость и не существует.

В то же время при анализе ситуации, изложенной в п. 27 информационного письма, может создаться впечатление, что Президиум допускает возможность рассмотрения третейским судом споров, вытекающих из вещных правоотношений. В частности, в этом письме указывается: "...договор содержал соглашение, в соответствии с которым стороны обязались передать на разрешение третейского суда при юридической фирме споры, связанные или вытекающие из указанного договора. Тем самым стороны достигли соглашения о передаче на рассмотрение в третейский суд споров, вытекающих из обязательственных правоотношений. Споры, вытекающие из вещных правоотношений, в третейском соглашении не были оговорены... Удовлетворив заявленные требования, третейский суд вынес решение об изменении титула, ЧТО НЕ ПРЕДУСМАТРИВАЛОСЬ ТРЕТЕЙСКИМ СОГЛАШЕНИЕМ" (выделено мной. - О.С.).

В выступлении на Первом Всероссийском съезде третейских судей Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванов признал, что хотя правовые позиции по многим категориям с принятием информационного письма N 96 определились, но это не означает, что все предложенные решения оптимальны <1>. Возможно, что он имел в виду прежде всего рассматриваемые третейскими судами споры о правах на недвижимое имущество.

<1> См.: Иванов А.А. Из выступления на Первом Всероссийском съезде третейских судей // ЭЖ-Юрист. 2006. N 24. С. 6.

Вместе с тем влияние на практику третейского разбирательства информационного письма N 96 оказалось очень ощутимым. Некоторые третейские суды отказываются принимать к рассмотрению споры, в которых тем или иным образом затронуты права на недвижимость. Так, Третейский суд при Торгово-промышленной палате Республики Татарстан прекратил производство по иску о признании права собственности на объекты недвижимости, указав следующее: "До 2006 года иски о признании права собственности на объекты недвижимости рассматривались третейскими судами регионов Российской Федерации, и регистрационные палаты на основании решений третейских судов производили регистрацию права собственности на объекты недвижимости. В связи с информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ N 96 от 22 декабря 2005 года Третейский суд при Торгово-промышленной палате Республики Татарстан не стал рассматривать заявление, поданное обществом с ограниченной ответственностью" <1>. Комментарии излишни.

<1> Магсумова Р.М. Обзор наиболее интересных дел, рассмотренных Третейским судом при Торгово-промышленной палате Республики Татарстан // Третейский суд. 2006. N 5 (47). С. 77.

Следует отметить, при рассмотрении конкретных дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ при оценке допустимости заключения третейских соглашений о передаче споров о правах на недвижимость на рассмотрение третейских судов опирался и на иные критерии. Так, например, в одном из постановлений был сделан вывод о том, что, "обратив взыскание по долгам, связанным с неисполнением заказчиком и инвестором своих обязательств по оплате работ, на нежилые помещения как на имущество заказчика, третейский суд предрешил вопрос о вещных правах на указанное имущество, в том числе о правах третьих лиц. Требуемые российским законодательством специальные публичные процедуры в отношении сделок с объектами недвижимого имущества соблюдены не были, что противоречит основному началу российского законодательства" <1>. Из этого постановления можно сделать вывод о том, что оно основано на предположении о недопустимости рассмотрения третейским судом споров о вещных правах на недвижимое имущество. При этом в упомянутом судебном акте указано, что действующее законодательство "не предусматривает исключения из компетенции третейских судов споров об исполнении обязательств (в том числе и обязательств по поводу недвижимого имущества. - О.С.)".

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 11 мая 2005 г. N 207/04 // Третейский суд. 2005. N 6 (42). С. 41.

Многочисленные противоречия в практике относительно определения границ применения третейских соглашений по поводу споров о правах на недвижимость (и не только этих, но и некоторых других категорий споров) привели к тому, что Высший Арбитражный Суд РФ подготовил проект изменений в действующее законодательство о третейских судах <1>. Квинтэссенцией законопроекта стали предложения о радикальном сужении полномочий третейских судов. Помимо прочего предлагалось установить запрет на заключение третейских соглашений о передаче споров о правах на недвижимое имущество на рассмотрение и разрешение третейских судов.

<1> Проект Федерального закона "О внесении изменений в отдельные законодательные акты по вопросу определения полномочий третейских судов и международных коммерческих арбитражей" был опубликован на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации // http://www.arbitr.ru/_upimg/B4D4DD1BAAC0AFD4D0EB44889E0C2D3F_vas_2006-10-19_pfz.pdf.

Отрадно, что Высший Арбитражный Суд РФ не стал вносить упомянутый законопроект на рассмотрение законодательных органов без проведения его общественного обсуждения. На состоявшемся в Высшем Арбитражном Суде РФ 19 октября 2006 г. обсуждении этот законопроект подвергся аргументированной критике, вследствие чего был снят с рассмотрения <1>.

<1> Информацию об обсуждении законопроекта см.: Третейский суд. 2006. N 5.

Что касается практики федеральных арбитражных судов округов по этому вопросу, то таковая зачастую отличается крайними противоречиями. Так, к примеру, в одном из судебных актов Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа весьма категорично указал на то, что "спор о признании права на объект недвижимости не может рассматриваться третейским судом. Возможность рассмотрения такого спора третейским судом законом прямо не предусмотрена" <1>. В деле, которое было рассмотрено Федеральным арбитражным судом Восточно-Сибирского округа, указано, что спор о признании права собственности на объекты недвижимого имущества не мог быть предметом третейского разбирательства <2>.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14 сентября 2006 г. по делу N А53-24513/2005-С4-41.

<2> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 ноября 2004 г. по делу N А74-1498/04-К1-Ф02-4741/04-С2.

В практике федеральных арбитражных судов округов можно встретить дела, когда суд, обосновывая невозможность рассмотрения третейским судом споров о правах на недвижимость, прямо указывают на то, что решение третейского суда не может являться основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество, "поскольку не обладает таким признаком, как вступление в законную силу" <1>. В другом деле кассационный суд указал на то, что сторона не представила доказательств вступления решения третейского суда в законную силу, вследствие чего следует считать правомерным решение учреждения юстиции об отказе в регистрации права на объект недвижимости на основании упомянутого решения третейского суда <2>.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22 января 2004 г. по делу N А33-5775/03-С6н-Ф02-4787/03-С1.

<2> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20 июня 2005 г. по делу N Ф04-3713/2005(12113-А45-38).

Нет определенности по этому вопросу и в позиции Федеральной регистрационной службы.

Вместе с тем региональные отделения Федеральной регистрационной службы в том или ином виде вынуждены высказываться по поводу признания прав на недвижимость на основании решений третейских судов. Причем зачастую такая позиция высказывается в виде обобщений судебно-арбитражной практики, которая помещается в качестве рекомендаций на сайтах соответствующих учреждений <1> либо в виде ответов на вопросы, которые поступают от заинтересованных лиц <2>.

<1> См., например: Обзор арбитражной практики Главного управления Росрегистрации по Санкт-Петербургу и Ленинградской области по спорам, связанным с государственной регистрацией прав на основании решений третейских судов // http://www.gbr.spb.ru/index.shtml?sud_pr.

<2> См., например: письмо руководителя Управления Федеральной регистрационной службы по Республике Татарстан - главного государственного регистратора Республики Татарстан от 4 декабря 2006 г. N 06-15/24376 // Третейский суд. 2007. N 1 (49). С. 58 - 59.

Позиции территориальных управлений Федеральной регистрационной службы проявляются при рассмотрении арбитражными судами конкретных дел. Весьма распространен подход, согласно которому решение третейского суда "не устанавливает прав истца на объект недвижимости и не является правоустанавливающим документом, но заменяет исключительно заявление уклоняющейся стороны о государственной регистрации прав на основании сделки, требующей государственной регистрации. Из сказанного следует, что регистрирующий орган обязан принять такое решение в качестве заявления о государственной регистрации уклоняющейся стороны наряду с заявлением о государственной регистрации права собственности от другой стороны по сделке, по иску которой решение было вынесено" <1>.

<1> Отзыв Главного управления Федеральной регистрационной службы по Санкт-Петербургу и Ленинградской области по делу N А56-11581/05 // Третейский суд. 2005. N 6 (42). С. 91.

В целом можно отметить, что подобная позиция конфликтует с тем подходом, который был сформулирован Верховным Судом РФ. Прежде всего, обращает на себя внимание тот факт, что игнорируется рассмотрение решения третейского суда как основания государственной регистрации права. Вызывает сомнения рекомендация Федеральной регистрационной службы о рассмотрении решения третейского суда в качестве заявления о государственной регистрации. Отметим, что заявление - это облеченное в надлежащую форму волеизъявление заинтересованной стороны о регистрации принадлежащего ей права на недвижимость. Решение третейского суда - это акт, которым разрешен правовой спор на основе применения норм права. отождествлять два этих разных юридических феномена некорректно. Кроме того, не учитывается, что в данном случае решение третейского суда связано с иным юридически значимым фактом - третейским соглашением, в котором была определена направленность воли заинтересованных лиц.

Звучат аргументы и о том, что Федеральная регистрационная служба не имеет обязанности по регистрации права на недвижимость, не является участником третейского соглашения, не участвует в третейском процессе и, следовательно, не является связанным субъектом. Нет спора, что представители Федеральной регистрационной службы не связаны третейским соглашением и их участие в третейском процессе не является их обязанностью. Равным образом некорректно утверждать и то, что решение третейского суда является актом, обязывающим Федеральную регистрационную службу произвести регистрацию права на недвижимое имущество.

Однако необходимо лишний раз подчеркнуть, что решение третейского суда является правовым основанием государственной регистрации права на недвижимость. Этот акт (решение третейского суда) в данном случае уместно уподобить договору, который, будучи юридическим фактом частного права, если он не противоречит закону, становится основанием (и в некотором смысле обязанностью) для регистрирующего органа произвести соответствующую регистрацию. Еще раз подчеркнем, что соответствующий закону юридический факт частного права (будь то договор, акт нотариуса, решение третейского суда) является одновременно источником и права, и обязанности регистрирующего органа укрепить соответствующее право путем внесения записи в Единый государственный реестр прав.

Одним из наиболее важных применительно к обсуждаемой теме является вопрос о допустимости проверки органами Федеральной регистрационной службы законности решений, принимаемых третейскими судами, а также законности заключения заинтересованными лицами третейского соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда.

Идеологи регистрационной практики в частных публикациях высказывают мнение о том, что регистрирующие органы при государственной регистрации прав на недвижимость на основании решения третейского суда вправе осуществлять правовую экспертизу представленных на регистрацию документов, в том числе и решения третейского суда <1>. При этом в качестве одного из основных элементов проверки видят третейское соглашение, законность которого должна оцениваться регистрирующим органом <2>.

<1> См.: Плотникова И.Н. Являются ли решения третейского суда основаниями для государственной регистрации прав? // Государственная регистрация прав на недвижимость: проблемы регистрационного права. М., 2003. С. 344; Пискунова М.Г. Государственная регистрация прав на недвижимость на основании судебных актов // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2003. N 3 - 4 (16 - 17).

<2> См.: Пискунова М.Г. Государственная регистрация прав на недвижимость на основании судебных актов.

Сама Федеральная регистрационная служба официально формулирует свою позицию следующим образом: "...решение третейского суда не является бесспорным основанием для государственной регистрации. В частности, при государственной регистрации прав на основании решения третейского суда надлежит установить наличие у лиц, заключивших третейское соглашение, оснований для его заключения и соответствие данного соглашения требованиям законодательства. Перечень документов, необходимых для государственной регистрации, зависит от оснований и предмета рассмотренного третейским судом спора. В любом случае на государственную регистрацию должно быть представлено решение третейского суда и документ, содержащий третейское соглашение" <1>.

<1> <http://www.rosregistr.ru/index.php?menu=2050100000&page=30>.

Формулирование такой позиции можно встретить и при участии судей государственных судов. Так, на совещании судей Новосибирского областного суда и представителей учреждения юстиции на территории Новосибирской области (14 июля 2004 г.) было указано: "...учитывая требования ст. 28 Закона о регистрации, решение третейского суда может быть представлено в учреждение юстиции в качестве правоустанавливающего документа. Вместе с тем в соответствии с законодательством о третейских судах третейский суд - это орган, образованный сторонами для решения конкретного спора, возникшего между сторонами и переданного на рассмотрение и разрешение конкретного третейского суда по их соглашению в соответствии с заключенным между ними третейским соглашением (третейской оговоркой). Созданные на паритетных началах третейские суды органами судебной власти не являются и не входят в судебную систему Российской Федерации. Решения третейского суда являются обязательными только для сторон третейского разбирательства, которые добровольно принимают на себя обязанность исполнять их. Поэтому в соответствии с п. 1 ст. 13, п. 1 ст. 17, п. 1 ст. 18 Закона о регистрации учреждение юстиции вправе осуществлять проверку законности вынесенного решения и при наличии оснований, предусмотренных п. 1 ст. 20 вышеуказанного Закона, обязано отказать в проведении таковой. В этом смысле решение третейского суда не обладает общеобязательной силой судебного акта, постановленного судом, входящим в судебную систему Российской Федерации" <1>.

<1> http://just.siberia.net/uniwersal_m.php?urla=sud_pra_sov.htm.

С нашей точки зрения, подобный подход подрывает статус третейских судов как юрисдикционных органов и безосновательно расширяет полномочия регистрационных органов. Толкование полномочий регистрирующих органов с точки зрения их возможности проверки законности решений третейских судов сводит на нет положения законодательства, согласно которым третейские суды рассматриваются в качестве органов защиты гражданских прав. Более того, даже суды не обладают полномочиями по пересмотру решений третейских судов по существу. Возникает резонный вопрос: почему же такими функциями должен обладать орган исполнительной власти, если ими не обладают даже органы судебной власти?

Решение третейского суда, как и решение любого иного юрисдикционного органа, до тех пор, пока оно не отменено в установленном порядке, обладает свойством достоверности, презюмируется истинным и законным. Правовая оценка и правовая ревизия решения третейского суда в ограниченных законом пределах могут осуществляться только судебными органами, но не органами исполнительной власти.

Нам видятся иные пути развития практики по этой проблеме. В частности, перспективной выглядит та позиция, которая была намечена в одном из постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, который указал, что решение третейского суда не может являться основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество, поскольку арбитражная оговорка, в соответствии с которой третейский суд рассмотрел спор, признана арбитражным судом недействительной <1>. Развивая высказанное суждение, приходим к выводу о том, что не регистрирующий орган должен давать оценку действительности третейского соглашения, а исключительно компетентный государственный суд.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 19 декабря 2000 г. N 5154/99.

Среди негативных тенденций как судебно-арбитражной практики, так и практики учреждений юстиции можно отметить и стремление в некоторых случаях обязать стороны представить исполнительный лист на принудительное исполнение решения третейского суда о признании права собственности на недвижимое имущество. Примером может служить случай, когда Министерство юстиции Ставропольского края в информационном письме от 8 июля 2003 г. "О

государственной регистрации прав на недвижимое имущество, установленных решением третейского суда" указало, что "решение третейского суда является основанием для регистрации права собственности, если на него выдан исполнительный лист и в нем содержатся все данные, необходимые для внесения записи в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество".

Подобного рода примеры можно привести и из судебной-арбитражной практики. Так, например, в одном из постановлений Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа указывается, что регистрация права на основании решения третейского суда может быть осуществлена только при наличии исполнительного листа <1>. Такой же вывод содержится в одном из постановлений Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа <2>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20 июня 2005 г. по делу N Ф04-3713/2005(12113-А45-38).

<2> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12 ноября 2004 г. по делу N А29-4623/2004-2э.

Однако такой подход представляется по меньшей мере дискуссионным. Выдача исполнительного листа на исполнение решения суда о признании права собственности невозможна, поскольку исполнению подлежат лишь решения о присуждении, но никак не иски о признании. Решение о признании подразумевает его исполнение уже в силу самого его принятия.

К настоящему времени сложились четыре основные концепции, при помощи которых объясняется допустимость заключения третейских соглашений о передаче споров о правах на недвижимость третейским судам.

Консервативная теория наиболее последовательно излагается Е.А. Сухановым. В частности, эта доктрина основывается на том, что в последние годы можно наблюдать попытки необоснованного расширения компетенции третейских судов за счет включения в нее споров о правах на недвижимое имущество <1>.

<1> См.: Суханов Е.А. О третейском разбирательстве споров // ЭЖ-Юрист. 2006. N 24. С. 7.

В русле этой теории находятся суждения о недопустимости заключения третейских соглашений о передаче споров о правах на недвижимость на разрешение третейских судов с опорой на п. 1 ст. 38 АПК РФ, согласно которому споры о правах на недвижимость относятся к исключительной подсудности государственных арбитражных судов. Между тем в этой норме речь идет о подсудности, но не о подведомственности - механизме распределения дел между различными юрисдикционными органами.

Не могут быть признаны приемлемыми и встречающиеся в обоснование этой точки зрения ссылки на подп. 2 п. 1 ст. 248 АПК РФ, устанавливающий исключительную компетенцию российских арбитражных судов в отношении споров о недвижимости, находящейся на территории России. Применение указанной нормы в отношении третейских судов (включая и международные коммерческие арбитражи) недопустимо, на что неоднократно обращалось внимание в литературе <1>.

<1> См.: Комаров А.С. Международный арбитраж в России // ЭЖ-Юрист. 2004. N 12. С. 9; Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решения третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2004. N 9. С. 171.

К сожалению, имеется достаточно широкий круг сторонников той точки зрения, согласно которой недопустимо включение в сферу применения третейского соглашения правоотношений по поводу прав на недвижимость. Как следствие, делается вывод о невозможности рассмотрения споров о правах на недвижимое имущество третейскими судами. С точки зрения сторонников такого подхода, эта категория споров относится к исключительному ведению государственных судов. Обоснование подобного положения ведется за счет рассуждений о наличии публичного начала в сделках с недвижимостью, что понуждает государство осуществлять контроль за этими сделками.

У сторонников консервативной концепции имеются и обвинения третейских судов в искусственном создании споров, когда в попытках легализовать свои права стороны придумывают несуществующие споры, обращаются в третейские суды, решения которых становятся основой для обращения за регистрацией права на недвижимость <1>.

<1> См., например: Пискунова М.Г. Государственная регистрация прав на недвижимость на основании судебных актов // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2003. N 3 - 4. С. 69 - 70.

Ответом в данном случае вполне могут служить слова, сформулированные Д.В. Пятковым и Ю.В. Холоденко: "...логично было бы предположить (с учетом отмеченных противоречий в практике арбитражных судов), что теперь под сомнение следует ставить всякое правосудие, решение любого суда должно подвергаться правовой экспертизе наравне с договорами и иными правоустанавливающими документами" <1>. Справедливыми кажутся суждения упомянутых авторов о том, что пороки правоприменения не следует выдавать за пороки той формы, с использованием которой совершаются те или иные нарушения закона. Следует различать вопросы сугубо юридические и морально-этические <2>. Сюда же следует присоединить и мнение тех, кто утверждает, что сложившаяся практика злоупотреблений не может служить основанием для искажения смысла норм закона и умаления роли третейского разбирательства <3>.

<1> Пятков Д.В., Холоденко Ю.В. О третейских судах и принимаемых ими решениях // ЭЖ-Юрист. 2006. N 11.

<2> См.: Там же.

<3> См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 203.

В рамках дискуссии об определении границ сферы применения третейского соглашения и компетенции третейского суда по рассмотрению споров о правах на недвижимость была сформулирована концепция, которую условно можно именовать обязательно-правовой. Одним из наиболее известных сторонников обязательно-правовой теории является Т.Н. Нешатаева <1>. Законченное выражение эта доктрина нашла в одном из постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ и в одном из ранних (неопубликованных) проектов информационного письма N 96. Основные аргументы этой теории заключаются в том, что сфера применения третейских соглашений ограничена только обязательно-правовыми отношениями. Отсюда следует вывод о том, что третейские суды вправе рассматривать иски о правах на недвижимость, вытекающие из обязательно-правовых отношений, и не имеют права рассматривать иски о вещных правах на недвижимость. Таким образом, предложен весьма четкий критерий, опираясь на который, можно очертить сферу применения третейского соглашения и компетенцию третейских судов при рассмотрении споров о правах на недвижимое имущество.

<1> См.: Нешатаева Т.Н. Суд и арбитраж: историческая взаимосвязь и современное взаимодействие // Третейский суд. 2005. N 1 (37). С. 15.

Сторонники этой концепции утверждают, что "третейский суд как орган, разрешающий спор между конкретными лицами и принимающий решения, обязательные только для этих лиц, не вправе принимать решения о признании права собственности, которые обязательны для неопределенного круга лиц". Следовательно, делается вывод: "...компетенция третейских судов ограничена пределами обязательно-правового права, в котором точно известны стороны правоотношения. Рассматривать же споры, регулируемые вещным правом, третейский суд не может" <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья М. Козлова "Проблемы компетенции третейских судов" включена в информационный банк согласно публикации - "ЭЖ-Юрист", 2006, N 11.

<1> Козлов М.А. Проблемы компетенции третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2005. N 9. С. 152 - 154.

Вместе с тем следует подчеркнуть, что предлагаемый критерий является сугубо доктринальным. Действующее законодательство не оперирует нормами, которые бы давали основания для бесспорного укоренения обязательно-правовой доктрины. В данном случае справедливы слова В.А. Мусина, который отметил, что если бы законодатель хотел бы сказать, "что он относит к исключительной подсудности арбитражного суда только вещно-правовые споры или споры о вещных правах на недвижимое имущество, он бы, наверно, так и сказал" <1>. Поскольку же законодатель этого не сделал, то с обязательно-правовой теорией вполне могут конкурировать и иные воззрения на сферу применения третейских соглашений.

<1> Мусин В.А. Там, где кончаются споры, там кончается наука... // Третейский суд. 2005. N 3 (39). С. 7.

Среди аргументов против этой концепции следует указать на прямое противоречие одной из норм действующего законодательства, а именно ст. 25 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)", которая предусматривает прекращение регистрационной записи об ипотеке (а следовательно, и вещного права - ипотечного права) на основании решения третейского суда.

Имеет распространение и либеральная концепция, которая прямо противоположна консервативной и которую можно считать другой крайностью в оценке сферы применения третейского соглашения и компетенции третейских судов при рассмотрении споров о правах на недвижимое имущество. Последователи либеральной теории полагают, что субъекты гражданского оборота вправе заключать третейские соглашения о разрешении споров о правах на недвижимость, не ограниченные какими-либо рамками. Как следствие, принятое по такому спору решение третейского суда рассматривается в качестве основания для того, чтобы регистрирующие органы произвели государственную регистрацию прав на недвижимость. Отсюда следует еще один очень существенный вывод: как не подлежат проверке и пересмотру со стороны Федеральной регистрационной службы решения государственных судов, так и решение третейского суда остается вне контроля регистрирующих органов. Сторонники этой теории отвергают распространенное среди многих юристов мнение о том, что одним из основных критериев, которым следует руководствоваться в данной дискуссии, выступает критерий характера спорных правоотношений: являются ли они публичными или частными <1>, а в некоторых случаях высказываются сомнения относительно возможности найти границу между частным и публичным правом <2>.

<1> См.: Алгазин А.М., Дуйко Л.В., Пащенко К.А. К вопросу о неоднородности правоприменительной практики по делам о признании права собственности на недвижимое имущество // Третейский суд. 2005. N 6 (42). С. 89.

<2> См.: Тарасов В.Н. Еще раз о признании права собственности в третейских судах // Третейский суд. 2003. N 2 (26). С. 120.

И наконец, существует группа взглядов на критерии определения границ применения третейских соглашений, которые допустимо свести к единой теории и обозначить ее как процессуальную. Наименование этой теории можно объяснить тем, что в ее основе лежит стремление объяснить сферу применения третейских соглашений по поводу споров о правах на недвижимость на базе процессуальной классификации исков и соответствующих им судебных решений (имеются в виду иски о признании, иски о присуждении, иски о преобразовании). Концепции этой направленности пытаются обосновать пределы применения третейских соглашений и границы компетенции третейских судов при рассмотрении споров о правах на недвижимость с использованием категорий процессуального характера.

Представители данного направления пытаются обосновать границы применения третейских соглашений и пределы компетенции третейских судов при рассмотрении споров о правах на недвижимое имущество путем использования процессуальной характеристики исков и соответствующих им судебных решений. Рассуждения в контексте процессуальных теорий основаны на поиске границы между публичным и частным в степени воздействия принимаемого юрисдикционным органом решения на спорные правоотношения. Доминантой соответствующих рассуждений является то, что если путем принятия судебного акта происходит преобразование спорного правоотношения, то этот судебный акт имеет публично-правовой эффект. Если судебный акт не вызывает такого эффекта, который производит изменения в спорном правоотношении, то такой акт влечет частноправовые последствия.

Так, например, В.А. Мусиным подчеркивалось, что решение третейского суда о правах на недвижимость должно иметь характер решения по иску о присуждении <1>. Т.Е. Абова полагает, что главной в этом вопросе является проблема исполнения "решений третейских судов, принявших решение о признании права собственности на недвижимость. Причем только о признании права собственности без присуждения ответчика к совершению каких-либо действий" <2>.

<1> См.: Мусин В.А. Рассмотрение споров о праве собственности на недвижимость третейскими судами // Арбитражные споры. 2005. N 3 (31). С. 232.

<2> Абова Т.Е. Признание третейскими судами права собственности или иных вещных прав на недвижимое имущество // Третейский суд. 2005. N 3 (39). С. 9.

Нами также неоднократно высказывались суждения по поводу определения сферы применения третейского соглашения в отношении споров о недвижимости <1>. Суть

высказываемых соображений сводилась к следующему. Степень публичности решения третейского суда определяется на основе того юридического эффекта, который производится таким решением. В том случае, если судебное решение преобразует спорное правоотношение, то оно обладает эффектом публичности. Если же решение лишь констатирует то или иное правовое состояние, то оно не обладает эффектом публичности. Эта идея, с нашей точки зрения, и должна быть в основании регулирования границ применения третейского соглашения и компетенции третейских судов по вопросам разбирательства споров о недвижимости.

<1> См.: Скворцов О.Ю. Иски о признании права собственности в практике третейских судов // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 188 - 194; Он же. Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" (научно-практический). М., 2003. С. 22 - 32; Он же. Третейский суд. Арбитрабельность споров // Юрист и бухгалтер. 2004. N 2 (15). С. 30 - 34; Он же. Рассмотрение третейскими судами споров об объектах, не завершаемых строительством // Правовые вопросы строительства. 2004. N 1. С. 47 - 52; Он же. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы. Тенденции. Перспективы. М., 2005. С. 410 - 426; Он же. Проблемы третейского разбирательства предпринимательских споров в России: Дис. ... д.ю.н. СПб., 2006.

Но на сегодняшний день правовое регулирование этого вопроса не соответствует нуждам гражданского оборота. Это и провоцирует нескончаемые споры о пределах компетенции третейских судов в этом вопросе. Участники дискуссии довольно убедительно обосновывают прямо противоположные точки зрения. Но одним из признаков сближения их позиций является то, что подавляющее большинство участников этого спора приходят к выводу о том, что при определении сферы применения третейского соглашения и компетенции третейских судов при разрешении споров о правах на недвижимость необходимо основываться на положении о том, что решение третейского суда затрагивает публичные интересы или частные.

Моделирование правового регулирования сферы применения третейских соглашений и компетенции третейского суда при разрешении споров о правах на недвижимость должно, с нашей точки зрения, базироваться на определенных принципах. Эти принципы могут быть сведены к следующему. Третейский суд является элементом юрисдикционной системы России, и принимаемые им акты являются юридическими фактами, которые, не будучи опровергнутыми в установленном порядке, обладают свойствами достоверности, обязательности для определенных лиц и порождают правовые последствия, в том числе и обязанность соответствующих государственных органов учитывать вызываемые этими актами последствия. Это означает, что субъекты гражданского оборота, заключая третейские соглашения, в том числе и по поводу разрешения споров о правах на недвижимое имущество, должны исходить из того, что соответствующее решение третейского суда будет иметь необходимый юридический эффект, обеспечивающий защиту субъективных гражданских прав.

Вряд ли могут быть найдены принципиальные препятствия к тому, чтобы третейские суды выступали в качестве тех юрисдикционных органов, которые бы разрешали споры о субъективных гражданских правах на такой объект гражданского права, как недвижимая вещь. И для разрешения данного спора неважно, каков характер спорного правоотношения: является ли оно вещным или обязательственным. Попытка же ограничить круг рассматриваемых третейским судом дел только спорами, вытекающими из обязательственных правоотношений, с нашей точки зрения, имеет искусственный характер, поскольку не учитывает того обстоятельства, что обязательственные отношения влекут вещные эффекты (переход права собственности, возникновение ограниченных вещных прав, установление сервитутов и т.д.). Таким образом, подход, основанный на подобном рода разграничении, имеет некоторую искусственность, свидетельствующую об игнорировании условности деления вещных и обязательственных правоотношений.

Вопрос о границах применения третейского соглашения и об объеме компетенции третейских судов при рассмотрении споров о правах на недвижимое имущество следует рассматривать как вопрос правовой политики, решение которого зависит от ситуации в обществе в конкретный исторический период. Больше или меньше наделение третейских судов полномочиями по рассмотрению споров о недвижимости отражает уровень зрелости государства и общества. Высокий уровень общественной зрелости и есть основа для расширения сферы применения третейского соглашения и, соответственно, для наделения частных юрисдикционных органов, каковыми являются третейские суды, полномочиями публично-правового характера, в том числе и связанными с разрешением споров о правах на недвижимость. Однако обязательным условием эффективности этого правового института будет то, что пределы этих полномочий должны быть очерчены в законодательстве. Та неопределенность в этом вопросе, которой характеризуется современное нормативное регулирование, должна быть исключена.

При определении пределов применения третейского соглашения по вопросам разрешения споров о недвижимости необходимо исходить из того, что переход права собственности на

недвижимые вещи является результатом сложного фактического и правового состава, элементы которого составляют факты как частного, так и публичного права. При этом взаимосвязь этих фактов такова, что порок в одном из элементов влечет недействительность всего сложного состава по переходу права. Именно этим обстоятельством и следует объяснять сложность тех споров, которые возникают по поводу недвижимости. При характеристике спорного дела в отношении недвижимости, как справедливо отмечает В.А. Мусин, важно учитывать два обстоятельства: с одной стороны, "гражданско-правовой характер того права, о котором идет речь, а право собственности является одним из типичных, если не самым важным из числа гражданских прав. И, с другой стороны, тут есть публично-правовой элемент, который связан с оформлением этого права" <1>. Именно применительно к публично-правовому элементу сложного состава о правах на недвижимость справедлива позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, сформулированная в п. 25 Обзора практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер, согласно которой "требование заявителя об отмене регистрации прав на недвижимое имущество носит публичный характер и адресовано публичному субъекту - органу по регистрации прав на недвижимое имущество" <2>.

<1> Мусин В.А. Там, где кончаются споры, там кончается наука. С. 8.

<2> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июля 2004 г. N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер".

Сегодня существует насущная потребность в переходе от толкования того, что написано, к предложениям о том, каким образом урегулировать отношения в этой области. Законодатель нуждается в рекомендациях об установлении норм, регулирующих сферу применения третейского соглашения и компетенцию третейских судов при рассмотрении споров о недвижимости.

Нам представляется, что законодатель должен искать способы мягкого контроля за решениями, принимаемыми третейскими судами. При этом мягкость контроля должна означать, что государство, контролируя реализацию решений третейских судов, не должно разрушать идею третейского соглашения и третейского разбирательства, идя путем простого запрета. В связи с этим нам кажутся категорически неприемлемыми те попытки исключить споры о недвижимости из компетенции третейских судов, которые мы наблюдали при обсуждении законопроекта, подготовленного Высшим Арбитражным Судом РФ.

Еще одной проблемной сферой применения третейских соглашений являются отношения корпоративного характера. Здесь следует отметить целый ряд факторов, которые препятствуют полнокровному укоренению третейских соглашений в области корпоративных отношений.

Во-первых, эта область общественной жизни подвержена серьезным конфликтам, которые получили наименование корпоративных войн. Одним из элементов технологий, при помощи которых участники этих конфликтов пытаются захватить контроль над юридическими лицами, являются акты юрисдикционных органов, при помощи которых легитимируются интересы и возможности заинтересованных лиц. К сожалению, имеют место и попытки недобросовестно использовать третейские соглашения и решения третейских судов как инструмент ухода от государственной юрисдикции. В 2002 г. была проведена реформа процессуального права и судоустройства, целью которой помимо прочего было и устранение подобного рода негативных явлений. Однако эта реформа, хотя в ее рамках и принималось новое законодательство о третейских судах, не создала препятствий для использования третейских соглашений как инструмента осуществления недружественных поглощений.

Во-вторых (и это уже собственно юридическая проблема), в современной юридической литературе отсутствует единство представлений о понятии корпоративных отношений и их соотношении с гражданскими правоотношениями. В свою очередь, это препятствует эффективному использованию третейских соглашений для урегулирования конфликтов в области корпоративных отношений.

Таким образом, нам представляется важным высказать собственную точку зрения на понятие корпоративных отношений, прежде чем определять сферу применения третейских соглашений в этой области.

Легальным основанием понятия корпоративных отношений является п. 2 ст. 48 ГК РФ, согласно которому учредители (участники) юридического лица могут иметь обязательственные права в отношении имущества этого юридического лица. Отсюда следует, что отношения между корпорацией (как разновидностью юридического лица) и ее членом (учредителем) - корпоративные отношения - являются обязательно-правовыми отношениями. Таким образом, законодатель под корпоративными правами подразумевает особую разновидность гражданско-правовых отношений, поскольку таковые характеризуются как обязательственные.

В то же время рассуждения подобного рода не находят безусловной поддержки у исследователей. Так, например, В.А. Белов отмечает, что неправильно сводить корпоративные

правоотношения исключительно к обязательственно-правовым отношениям. Таковые необходимо рассматривать как относительные правоотношения с учетом того обстоятельства, что обязательственные правоотношения - это хотя и самая распространенная, но не единственная разновидность относительных правоотношений <1>.

<1> Белов В.А., Пестерева Е.В. Хозяйственные общества. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 133 - 134 (автор главы - В.А. Белов). См. также: Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. С. 808.

При характеристике корпоративных отношений Е.А. Суханов отмечает: "...корпоративные отношения близки к обязательственным, поскольку тоже имеют относительный характер (оформляя взаимосвязи каждого члена корпорации со всей корпорацией в целом). Но они возникают только между участниками конкретной организации, то есть закрыты для иных субъектов имущественного оборота. В ряде случаев они, на первый взгляд, касаются не непосредственного использования корпоративного имущества, а только организации взаимоотношений участников, членов корпорации (что в наибольшей степени проявляется в некоммерческих организациях). В действительности все они имеют четкую имущественную направленность, обусловленную самим характером деятельности созданной организации как юридического лица" <1>. Таким образом, Е.А. Суханов рассматривает корпоративные отношения исключительно как имущественные, даже если таковые складываются не только в связи с собственно имущественными интересами и притязаниями заинтересованных лиц.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданское право: В 2 т. Том I" (под ред. Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание второе, переработанное и дополненное).

<1> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 1998. С. 30 (автор главы - Е.А. Суханов).

Т.В. Кашанина дает более широкое и одновременно более абстрактное определение корпоративным отношениям. Под таковыми она понимает "разнообразные отношения внутри корпорации как единого и целостного образования, в котором объединены такие разноплановые категории людей, как собственники, управляющие, наемные работники" <1>. По сути, о том же спектре отношений внутри корпорации пишет и К.К. Лебедев: корпоративные отношения "нуждаются в правовом регулировании в целях обеспечения интересов их участников: владельцев долей и акций, работников" <2>.

<1> Кашанина Т.В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): Учебник для вузов. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 49.

<2> Лебедев К.К. Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин). СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 219.

Однако вполне резонно возникают вопросы: являются ли, например, корпоративные отношения предметом регулирования исключительно гражданского права или регулирование корпоративных отношений осуществляется и с использованием иных отраслей права? Какова правовая природа корпоративных отношений? Допустимо ли корпоративные отношения рассматривать в качестве разновидности гражданско-правовых отношений или все-таки возможны корпоративные правоотношения, которые по своей правовой природе не являются гражданско-правовыми?

Применительно к теме настоящего исследования ответы на данные вопросы означают и ответы на принципиальные вопросы о том, входят ли корпоративные отношения в сферу применения третейских соглашений; могут ли все категории спорных корпоративных отношений быть предметом разбирательства в третейских судах; какие разновидности корпоративных отношений могут передаваться в юрисдикцию третейского суда и при каких условиях это может быть сделано.

Т.В. Кашанина при анализе корпоративных отношений выделяет несколько их видов. В частности, она отмечает, что "самыми важными из них, пожалуй, являются отношения по управлению капиталами, находящимися в распоряжении корпорации. Не менее значимы и отношения по использованию ее материальных ресурсов. Но финансовые и материальные ресурсы корпорации будут лежать мертвым грузом, если в ней будет неудовлетворительно урегулирован процесс применения труда, если социальные вопросы, весьма значимые для работников, будут оттеснены в ее деятельности на обочину <1>. Подытоживая приведенную

цитату, отметим, что Т.В. Кашанина под корпоративными правоотношениями понимает: 1) организационные (управленческие) правоотношения; 2) имущественные правоотношения; 3) трудовые правоотношения.

<1> Кашанина Т.В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ). С. 49.

Но не все исследователи так широко понимают корпоративные отношения. Некоторые ученые отмечают, что "корпоративные отношения относятся к гражданско-правовым отношениям" <1>.

<1> Хужокова И.М. Корпоративное право Российской Федерации. Курс лекций: Учебное пособие для вузов. М.: Экзамен, 2004. С. 72.

В.А. Белов указывает на то, что "права корпоративные, несомненно, относятся к числу прав гражданских, ибо представляют собой права имущественные и неимущественные, связанные с имущественными, возникают на началах свободы и юридического равенства участников имущественных отношений, обладают свойством неприкосновенности и подлежат, в случае их нарушения, судебной защите" <1>.

<1> Белов В.А., Пестерева Е.В. Хозяйственные общества. С. 127 - 128 (автор главы - В.А. Белов).

Приведенное определение в полной мере соответствовало бы поставленной цели - охарактеризовать корпоративные отношения как разновидность гражданско-правовых, если бы не одно препятствие. В п. 1 ст. 2 ГК РФ, определяющем круг отношений, регулируемых гражданским законодательством, речь идет, во-первых, об имущественных правоотношениях; во-вторых, о личных неимущественных правоотношениях, связанных с имущественными. Таким образом, в предмет регулирования гражданского права входят не все неимущественные отношения, а только личные неимущественные отношения. За границей законодательного определения остаются неимущественные отношения, не являющиеся личными.

Из ст. 2 ГК РФ следует, что имущественные правоотношения являются предметом регулирования гражданского права. А вот применительно к правам участия такого вывода нельзя сделать, чтобы не породить споров. Неслучайно, что применительно к корпоративным отношениям как предмету гражданско-правового регулирования в юридической литературе отмечалось, что право участия само по себе гражданско-правовым не является. Таким образом, среди юристов нет единства мнений о природе возникающих в данном случае правоотношений.

Так, в некоторых работах высказывалось суждение о том, что права участия являются личными неимущественными правами членов корпорации (акционеров) <1>. К примеру, О.Н. Садиков отмечает, что "неимущественные отношения личного характера, сопутствующие имущественным, возникают в деятельности хозяйственных товариществ и обществ, участники которых вправе участвовать в управлении делами товарищества и общества, получать информацию об их деятельности и знакомиться с соответствующей документацией. Ввиду тесной связи названных личных прав с имущественными и их регламентации в рамках единых законодательных актов и те и другие должны входить в предмет одной отрасли права - в данном случае гражданского права" <2>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах" в новой редакции (под ред. М.Ю. Тихомирова) включен в информационный банк согласно публикации - Издательство Тихомирова М.Ю., 2007.

<1> Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах" / Под общ. ред. М.Ю. Тихомирова. М.: Изд. г-на М.Ю. Тихомирова, 1996. С. 142 (автор комментария - С.В. Соловьева); Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садиков. М.: Юрист, 2001. С. 25 (автор главы - О.Н. Садиков).

<2> Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садиков. С. 25 (автор главы - О.Н. Садиков).

В то же время А.М. Эрделевский считает, что корпоративные неимущественные права не могут быть отнесены к числу личных, так как под таковыми понимаются абсолютные права, неразрывно связанные с личностью гражданина и не имеющие имущественного содержания. В свою очередь, неимущественные права акционеров следует рассматривать в качестве относительных (так как праву акционера соответствует обязанность определенного лица - самого

общества) и отчуждаемых (с переходом права собственности на акцию к другому лицу происходит переход всех удостоверяемых акцией прав) <1>. Вследствие этого делается вывод о том, что "правильнее говорить о рассматриваемых правах не как о личных неимущественных, а как о другой разновидности неимущественных прав - неимущественных корпоративных правах" <2>.

<1> См.: Эрделевский А.М. О защите личных неимущественных прав акционеров // Хозяйство и право. 1997. N 6. С. 70.

<2> Нохрина М.Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 77.

Следует отметить, что еще О.А. Красавчиков указывал на то, что классификация отношений, составляющих предмет регулирования гражданского права, недостаточно полно отражает все стороны регулируемого предмета. В частности, существуют отношения, которые не относятся ни к имущественным, ни к личным неимущественным отношениям, но которые являются предметом регулирования гражданским правом <1>. В советском правоведении по этому поводу прошли острые дискуссии, в результате которых было определено место таких отношений в системе гражданско-правового регулирования и они были названы организационными отношениями <2>. Те идеи, которые высказывались О.А. Красавчиковым, были по-новому интерпретированы в новых экономических и политических условиях применительно к регулированию тех отношений, которые складываются в рамках или с участием корпораций.

<1> См.: Красавчиков О.А. Организационные гражданско-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. N 10. С. 50 - 57.

<2> Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М.: Высшая школа, 1985. С. 14 - 16 (автор главы - О.А. Красавчиков).

Так, например, в какой-то степени основываясь на взглядах О.А. Красавчикова, попытку объяснения правовой природы корпоративных прав (прав участия) предпринял А.Ю. Бушев. Говоря о том, что корпоративное право (право участия) само по себе гражданско-правовым не является, А.Ю. Бушев полагает, что это обусловлено тем, что сами по себе, взятые в отдельности, права участия (права акционера) не имеют ни имущественной, ни абсолютной личной природы. Вместе с тем они служат средством, во-первых, подготовки и организации имущественных отношений, а во-вторых, обеспечения имущественного интереса акционера. Права участия рассматриваются А.Ю. Бушевым как инструмент, средство, используемые законодателем для организации гражданско-правовых имущественных отношений в акционерном обществе <1>. Обязательственно-правовые отношения между акционерами и корпорацией рассматриваются как проявление особой степени организации таких имущественных отношений. При этом наделение акционера корпоративными правами - правами участия - призвано способствовать организации имущественных отношений, складывающихся между акционерами и обществом <2>. Таким образом, права участия (в понимании А.Ю. Бушева), по сути, являются организационными правоотношениями (в терминологии О.А. Красавчикова), выполняя функции по упорядочению режима реализации имущественных отношений в корпорации. В связи с этим возникает вопрос: почему бы волей законодателя не определить указанные отношения подлежащими регулированию гражданским правом?

<1> См.: Бушев А.Ю., Скворцов О.Ю. Акционерное право. Вопросы теории и судебно-арбитражной практики. М.: Бизнес-школа "Интел-синтез", 1997. С. 20 - 21 (автор главы - А.Ю. Бушев).

<2> См.: Бушев А.Ю. Акции по законодательству Российской Федерации: Автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 1997. С. 8.

Вместе с тем в литературе высказывались и иные точки зрения по поводу правовой природы корпоративных отношений. Так, П.В. Степанов считает, что природа корпоративных отношений имеет имущественный характер, поскольку в их основе лежат экономические отношения собственности <1>. Б.М. Гонгало отмечает, что корпоративные отношения есть категория собирательная, объединяющая имущественные и организационные отношения, регулируемые гражданским правом. Включение этих отношений в предмет гражданского права обусловлено использованием метода координации при их регулировании" <2>. Такой же вывод делается Н.Н. Пахомовой, которая пишет, что "корпоративные отношения необходимо понимать как комплексные - имущественные и связанные с ними неимущественные (организационные) отношения" <3>.

<1> Степанов П.В. Корпоративные отношения в гражданском праве // Законодательство. 2002. N 6. С. 37; Он же. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1999.

<2> Гонгало Б.М. Предмет гражданского права // Проблемы теории гражданского права / Институт частного права. М.: Статут, 2003. С. 21.

<3> Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект): Монография. Екатеринбург: Налоги и финансовое право, 2004. С. 56.

Казалось бы, что высказанные точки зрения дают возможность включения указанных отношений в предмет регулирования гражданским правом, без необходимости дополнительных обоснований. Однако следует отметить, что права участия все-таки не являются имущественными правами, а экономические отношения, лежащие в их основе, влияют на корпоративные отношения опосредованно. Если обратиться к сути тех отношений, которые возникают в связи с такими акционерными правами (правами участия), как право на получение информации о деятельности общества, право участия в общем собрании общества, то мы обнаружим, что непосредственной имущественной выгоды реализация этих прав их обладателю не приносит. Но, что особенно важно отметить в контексте настоящей работы, права участия, которые реализуются в рамках взаимоотношений участника корпорации и самой корпорации, непосредственно затрагивают и права третьих лиц, являющихся участниками корпорации. Это дает нам основания для вывода о том, что в рамках корпорации происходит своего рода малая публикация отношений, которые складываются между участниками и между участниками и самой корпорацией. Не влияя непосредственным образом на отношения с третьими лицами, права участия взаимосвязаны внутри системы корпоративных прав, и попытка реализации таких прав либо некие дефекты в таких правоотношениях неизбежно затрагивают права всех участников корпорации.

Все эти длинные рассуждения имеют самое непосредственное отношение к теме настоящего исследования - определение границ применения третейских соглашений. Представим себе, что относительно спора о праве голосования на общем собрании акционерного общества достигнуто арбитражное соглашение между акционерным обществом и акционером о передаче этого спора на разрешение третейского суда. Решение вопроса о том, обладает ли акционер правом голосования на общем собрании или не обладает таковым, не может не затрагивать права иных акционеров, поскольку изменяет пропорции голосов при голосовании на общем собрании. Таким образом, все остальные акционеры (помимо истца - одного акционера и ответчика - акционерного общества) заинтересованы в последствиях разрешения того спора, который передается на рассмотрение и разрешение третейского суда. Это означает, что они должны иметь право участвовать в судебном разбирательстве как минимум в качестве третьих лиц. Однако, поскольку третейское соглашение заключено без их участия, то исходя из принципов регулирования третейского разбирательства они лишены права участия в этом разбирательстве. Следовательно, третейское соглашение, заключенное относительно разбирательства корпоративного спора о праве участия в акционерном обществе, является недействительным, поскольку затрагивает права третьих лиц (акционеров), которые не имеют процессуальной возможности участвовать в разбирательстве спора.

В законодательстве иных государств имеет место регулирование этого вопроса с целью исключения возможных недоразумений. Так, законодательство США не допускает рассмотрение арбитражем (третейским судом) исков владельцев корпоративных ценных бумаг <1>. Шведский Закон об акционерном обществе ограничивает возможность рассмотрения споров третейским судом лишь спорами в отношении незначительного количества акций <2>.

<1> См.: Ярков В.В. Краткий комментарий к главе 30 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации "Производство по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов" // Третейский суд. 2003. N 3 (27). С. 40.

<2> См.: Кудряшов С.М. Новый Закон об арбитраже в Швеции // Третейский суд. 2000. N 3. С. 7.

Таким образом, данная разновидность корпоративных отношений, каковыми являются права участия, не может быть предметом третейского соглашения и разбирательства в третейском суде, поскольку затрагивает права всех участников общества, в том числе и тех, которые не участвовали в арбитражном соглашении. В то же время это не исключает характеристики таких отношений как отношений частного права (гражданско-правовых в широком смысле этого слова). Это обстоятельство делает возможным исключение из сформулированного правила: споры в отношении прав участия могут быть переданы на разрешение третейского суда, если соглашение об этом достигнуто всеми участниками корпорации либо если участников в корпорации двое и они заключили между собой третейское соглашение.

Корпоративные отношения, как правило, связывают значительное количество лиц - участников корпорации. Одним из условий при решении вопроса о возможности заключения ими третейского соглашения и третейского разбирательства спора между ними является определение существования между ними материального правоотношения. В том случае, если заинтересованных лиц связывают материальные правоотношения, но некоторые из участников этих материальных правоотношений не связаны третейским соглашением, передача спора на рассмотрение третейского суда невозможна. Примером тому может быть ситуация, когда третейская оговорка содержится в учредительных документах о создании юридического лица. Вновь созданное юридическое лицо не связано этой оговоркой, даже если у него возникает спор с одним из учредителей. Это объясняется тем, что, будучи самостоятельным субъектом права, вновь созданное юридическое лицо не связано третейским соглашением, заключенным иными лицами. В практике третейского разбирательства такой подход в целом воспринимается позитивно <1>.

<1> Третейская практика Международного коммерческого арбитражного суда // Третейский суд. 2000. N 1. С. 42.

Как уже неоднократно подчеркивалось, область правоотношений, которые могут быть предметом третейского соглашения и третейского разбирательства, ограничена гражданско-правовыми правоотношениями. Таким образом, если спорные правоотношения возникли из административных либо иных отношений, имеющих характер власть - подчинение, или, другими словами, из публичных правоотношений, то, даже несмотря на наличие соответствующей третейской оговорки, третейский суд не вправе рассматривать такой спор. Третейское соглашение не распространяется на сферу публичных правоотношений.

Отметим, что до самого недавнего времени имела место практика заключения третейских соглашений, на основании которых заинтересованные лица передавали на разрешение третейских судов споры, в которых имелся публично-правовой элемент. Примером такой неправомерной практики заключения третейских соглашений являются те арбитражные оговорки, которыми сопровождалась приватизационные сделки. Соответствующая практика, с нашей точки зрения, является неправомерной, так как в компетенцию третейского суда не входит рассмотрение споров публично-правового характера, ибо в приватизационном составе, опосредующем переход имущества от государства к частным лицам, доминируют публично-правовые начала. В данном случае не должно вводить в заблуждение то обстоятельство, что завершающий этап приватизации оформляется в виде договора купли-продажи, который по своей природе имеет гражданско-правовой характер.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ давал негативную оценку случаям заключения третейских соглашений о передаче споров, вытекающих из приватизационных отношений, на рассмотрение третейского суда. Так, по одному из дел, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в порядке надзора, было признано недействительным соответствующее третейское соглашение <1>. В юридической литературе это Постановление критиковалось <2>. Однако высший судебный орган в данном случае не заслуживает адресованной ему критики, поскольку таковая не учитывает тех публично-значимых элементов, которые доминируют в процедурах приватизации. Заключение же третейских соглашений по поводу публичных правоотношений, равно как и разрешение споров по поводу публично-властных правоотношений частными органами, каковыми являются третейские суды, допустимо только в случаях, когда это прямо предусмотрено действующим законодательством.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. N 3515/00.

<2> См.: Новиков Е.Ю. К вопросу о правовой природе третейского разбирательства // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. N 2 / Под ред. В.В. Яркова. СПб.: Изд. дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2004. С. 315.

Иной раз на практике правоприменитель испытывает сложности при разграничении правоотношений, из которых возник спор и по поводу которых заключено третейское соглашение. Как правило, такие случаи имеют место тогда, когда спорные гражданские правоотношения связаны с административно-правовыми отношениями, вследствие чего у третейского суда возникают сложности квалификации таких отношений, а также допустимости третейских соглашений.

Так, по одному из дел, рассмотренных Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа, было установлено, что истец оказывал ответчику услуги по приемке и транспортировке по трубопроводу сырой нефти <1>. Компания выставяла ответчику счета-фактуры на оплату оказанных услуг в соответствии с п. 1 ст. 7 Закона РФ от 6 декабря 1991 г. "О налоге на добавленную стоимость", увеличивая стоимость услуг на сумму налога на добавленную стоимость

(НДС). Акционерное общество оплатило счета частично, без учета сумм НДС, полагая, что не является плательщиком этого налога. Компания обратилась в арбитражный суд с иском о взыскании с акционерного общества этой задолженности, считая, что спор о взыскании задолженности по договору в том случае, когда эта задолженность возникла в связи с оплатой продукции без НДС, выходит за рамки гражданско-правового спора, поскольку затрагивает публичные отношения государства и налогоплательщика. Поэтому такой спор, по мнению компании, не может быть рассмотрен третейским судом, а подлежит рассмотрению в арбитражном суде. Кассационная инстанция посчитала, что суд первой инстанции обоснованно удовлетворил ходатайство общества и оставил иск компании без рассмотрения. По мнению кассационной инстанции, суд правильно определил правовую природу данного спора как вытекающего из гражданских правоотношений. Согласно п. 1 ст. 7 Закона "О налоге на добавленную стоимость" реализация товаров (работ, услуг) предприятиям производится по ценам (тарифам), увеличенным на сумму налога на добавленную стоимость. Компания, руководствуясь этой нормой Закона, в счетах-фактурах увеличивала стоимость оказанных услуг на сумму налога на добавленную стоимость, а акционерное общество оплатило услуги частично. Таким образом, у общества перед компанией имеется задолженность по договору за оказанные, но не полностью оплаченные услуги. Следовательно, спор о взыскании компанией с общества задолженности за оказанные услуги может быть передан на рассмотрение третейского суда, в данном случае - международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ. Поскольку в данном случае имеется соглашение истца и ответчика о передаче всех споров, вытекающих из договора, на рассмотрение третейского суда и ответчик в своем первом заявлении по существу спора просил арбитражный суд оставить иск без рассмотрения в связи с его подведомственностью третейскому суду, суд правомерно вынес определение об оставлении иска компании без рассмотрения.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 30 июля 2002 г. по делу N A05-681/02-48/13.

Особо следует подчеркнуть, что на основании третейского соглашения в третейский суд может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Эта норма, с нашей точки зрения, предусматривает не только возможность изъятия из сферы применения третейских соглашений и подведомственности третейским судам определенных категорий гражданско-правовых споров, но и то обстоятельство, что если федеральным законом оговорено, что на разрешение третейского суда могут быть переданы споры, вытекающие в том числе и из отношений, которые имеют публично-правовой характер, то третейский суд вправе принять такой спор к своему рассмотрению. Особое значение данные положения имеют применительно к инвестиционным спорам. Этот вопрос исследовался и в юридической литературе иностранных государств. Причем исследователи подчеркивают, что несмотря на то, что субъекты по такого рода спорам являются неравными, это не меняет договорный характер передачи спора на разрешение третейского суда <1>.

<1> Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration // Kluwer Law Publishing. 1999. P. 29.

В связи с вышесказанным рассмотрим соотношение норм, установленных Федеральным законом "О соглашениях о разделе продукции" (далее - Закон о соглашениях о разделе продукции) и Законом о третейских судах.

В соответствии со ст. 22 Закона о соглашениях о разделе продукции споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения в суде, арбитражном суде или в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах). Допустим, что соглашение о разделе продукции оспаривается как недействительное с точки зрения того, что в процессе его заключения были нарушены нормы, предписывающие сторонам (в том числе и государственным органам) соблюдать определенные условия его заключения. В том случае, если указанные нормы имеют публично-правовой характер, т.е. их реализация не зависит от волеизъявления лиц, заключивших данное соглашение, и подлежат исполнению в публичных интересах, то разрешение данного спора не является компетенцией третейского суда. Однако в силу прямого предписания п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах, предусматривающего возможность изъятия из общего правила, соответствующая норма Закона о соглашениях о разделе продукции позволяет передать на рассмотрение третейского суда (в том числе и в международный коммерческий арбитраж) споры, связанные как с исполнением, прекращением, так и с недействительностью такого соглашения.

В то же время ст. 22 Закона о соглашениях о разделе продукции не позволяет передать на разрешение третейского суда споры между государством и инвестором, связанные с заключением соглашения о разделе продукции. В основе концепции Закона о соглашениях о разделе продукции лежит признанная в международном праве и в зарубежном законодательстве юридическая доктрина ограниченного (функционального) иммунитета, согласно которой государство, вступая в гражданско-правовые отношения с частными субъектами, не использует своих возможностей абсолютного иммунитета, которым обладает государство-суверен. В то же время вышеприведенная норма этого Закона подтверждает, что наше государство не проводит последовательной законодательной политики при реализации доктрины ограниченного (функционального) иммунитета, поскольку в определенном роде случаях не допускает возможности разрешения споров между государством и частными иностранными инвесторами, в том числе и при посредничестве арбитражных (третейских) учреждений. Впрочем, на отсутствие четкой позиции российского законодателя по этому вопросу в литературе обращалось внимание <1>.

<1> См.: Бисултанов Б.З. Соглашения о разделе продукции: иммунитет государства // Кодекс-info. 2004. Июль - август. С. 14.

Для определения предметной сферы применения третейских соглашений интерес представляет земельное законодательство.

Возможность заключения третейских соглашений и третейского разбирательства земельных споров предусматривает Земельный кодекс РФ. Согласно п. 2 ст. 64 данного Кодекса до принятия дела к производству судом земельный спор может быть передан сторонами на разрешение в третейский суд.

Вместе с тем при определении сферы применения третейских соглашений в отношении земельных правоотношений существуют проблемы. Так, действующее законодательство не содержит определения понятия "земельный спор". Попытки дать соответствующую дефиницию даются в теории земельного права. Так, под земельным спором понимается "спор по поводу наличного субъективного права на конкретный земельный участок у лица, которому он предоставлен (отведен в натуре) в установленном порядке. Это спор, связанный с изъятием земельного участка полностью или его части, с ограничением правомочий владельца, пользования или собственника земельного участка, с созданием препятствий к осуществлению земельных прав (например, возведение объекта, препятствующего использованию земли по целевому назначению или доступу к земельному участку)" <1>. Г.А. Волков отмечает, что к земельным спорам относятся споры, "связанные с нарушением или оспариванием прав граждан, юридических лиц на землю, включая право владения, пользования и распоряжения землей; земельно-имущественные споры, связанные не только с нарушением земельных прав, но и с возмещением убытков, вреда, вызванных этим нарушением; имущественные споры, возникающие из земельных отношений, где нет спора о праве на землю, а рассматриваются имущественные споры по поводу пользования и распоряжения; споры, связанные с предоставлением земли, с прекращением права на земельные участки" <2>.

<1> Осокин Н.Н. Разрешение земельных споров по законодательству РСФСР // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 1992. N 1. С. 42.

КонсультантПлюс: примечание.

Постатейный научно-практический комментарий Земельного кодекса Российской Федерации Г.А. Волкова, А.К. Голиченкова, О.М. Козырь включен в информационный банк.

<2> Волков Г.А., Голиченков А.К., Козырь О.М. Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации. М.: БЕК, 2002. С. 196 - 197 (автор комментария - Г.А. Волков).

Нельзя не отметить, что формулируемые в теории определения охватывают довольно широкий спектр споров, которые могут возникнуть в связи с землепользованием. Среди земельно-правовых споров могут быть споры, вытекающие из различных по своему характеру правоотношений. Сюда включаются как собственно гражданско-правовые споры (например, споры между соседями относительно возможности доступа к земельному участку), так и те споры, в основе которых лежат публично-правовые отношения (примером может служить спор относительно законности изъятия в административном порядке земельного участка). Те споры, которые имеют административно-правовой характер, не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, даже если стороны заключили соответствующее третейское соглашение. Рассмотрение указанной категории споров является исключительной компетенцией государственных судов.

Вышеизложенное дает основание сделать вывод о том, что при определении сферы применения третейского соглашения по поводу земельных правоотношений важное значение

приобретает толкование категории "земельный спор" как основания отнесения дел, связанных с их разрешением, к подведомственности третейского суда. В данном случае следует исходить из того, что земельные споры могут рассматриваться третейским судом только тогда, когда они по своему характеру являются гражданско-правовыми. Соответственно, и заключение третейских соглашений допустимо только в том случае, если правоотношения между сторонами носят гражданско-правовой характер. Указание в ст. 64 Земельного кодекса РФ на возможность передачи земельных споров на рассмотрение третейского суда необходимо толковать с учетом п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах, исключающего из подведомственности третейских судов споры, имеющие публично-правовой характер. Вместе с тем представляется, что для исключения возможной двусмысленности толкования п. 2 ст. 64 Земельного кодекса РФ было бы целесообразно изложить редакцию этой нормы следующим образом: "До принятия дела к производству судом земельный спор гражданско-правового характера может быть передан сторонами на разрешение в третейский суд".

Таким образом, подытоживая изложенное, следует отметить, что определение круга правоотношений, которые допускают заключение третейских соглашений, зачастую вызывает затруднения. Эти затруднения обусловлены неопределенностью и дискуссионностью категорий (например, "корпоративные отношения", "земельный спор" и проч.) в смежных правовых областях.

Помимо проблем, возникающих при определении сферы применения третейского соглашения в традиционных областях правоотношений, в последнее время возникают проблемы и применительно к новым ситуациям гражданского оборота.

Так, в одном из постановлений, принятых Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, затрагивается интересная и малоисследованная тема соотношения третейского соглашения и договора присоединения <1>. Суть спора, рассмотренного высшей судебной инстанцией в порядке надзора, заключается в оценке действительности третейского соглашения, заключенного по поводу споров, вытекающих из договора банковского счета. Высшая судебная инстанция хотя и не приняла окончательного решения (дело было направлено на новое рассмотрение в первую инстанцию), но задала своего рода вектор рассмотрения подобного рода споров арбитражными судами. В частности, в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ поставлен вопрос о необходимости проверки договора банковского счета (эту позицию можно интерполировать и на иные сделки, заключаемые кредитными организациями) с точки зрения того, не является ли эта сделка договором присоединения.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2006 г. N 2718/06.

Как известно, согласно п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска. Правоотношения, складывающиеся в связи с заключением договора присоединения, регулируются ст. 428 ГК РФ. Нормы, установленные этой статьей, направлены на защиту экономически более слабого участника гражданского оборота. Это связано с тем, что, "поскольку условия договора присоединения определяются только одной из договаривающихся сторон, необходимо как-то защищать интересы другой стороны, не принимающей участия в определении условий договора" <1>. Лицу, которое присоединяется к договору, законом предоставлен ряд материальных прав, при помощи которых создается определенный баланс во взаимоотношениях между сторонами по договору присоединения.

<1> Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, 2002. С. 601 (автор главы - Н.Д. Егоров).

К материально-правовым нормам, регламентирующим взаимоотношения сторон по договору присоединения, примыкают и процессуальные нормы. При заключении договоров присоединения сужается сфера заключения третейского соглашения. Таковое может быть заключено только после возникновения оснований для предъявления исковых требований. В противном случае в силу прямого предписания закона третейское соглашение является недействительным. Кроме того, третейское соглашение может быть заключено только после заключения договора о присоединении, поскольку именно этот договор может быть причиной оспариваемых правоотношений, по поводу которых достигается соглашение о третейском разбирательстве. Это означает, что договор присоединения всегда предшествует по времени третейскому соглашению о передаче возникающих из него споров на разрешение третейского суда.

Таким образом, возвращаясь к анализируемому Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, отметим, что для правильного разрешения дела в данном случае

центральным является вопрос о том, является ли договор, в отношении которого возник спор, передаваемый на разрешение третейского суда, договором присоединения.

Отметим, что несмотря на то, что в прессе появились заметки о том, что банки не смогут заключать третейские соглашения со своими клиентами <1>, как представляется, нет оснований оценивать ситуацию столь пессимистично.

<1> См.: Плеханова О., Начаров С., Моисеев И., Дементьева С. Третейского не дано. ВАС пересмотрел условия типовых банковских договоров // Коммерсантъ. 2006. 27 июля.

Вместе с тем Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ имеет ряд аспектов, которые должны быть учтены при рассмотрении арбитражными судами подобного рода споров.

Заключение банковской сделки между кредитной организацией и ее клиентом еще не означает, что такая сделка имеет характер договора присоединения. Для того чтобы определить соответствующий характер договора, судам необходимо выяснять, каков был порядок заключения договора, имел ли клиент возможность повлиять на выработку условий заключаемого договора, насколько представитель банка, подписывающий договор, был связан в своих действиях применяемыми в банке правилами заключения сделок, имеются ли в банке утвержденные стандартные формы условий договоров подобного рода, не подлежащих изменению при их заключении. Кроме того, необходимо выяснить, на каких условиях банки заключали аналогичные договоры с другими клиентами. По результатам этих исследований суды могут делать вывод о характере банковских сделок, споры из которых передаются на разрешение третейского суда в соответствии с заключенной арбитражной оговоркой.

Даже если суд придет к выводу о том, что спор возник из договора, который является договором присоединения, то это еще не означает недействительности решения, принятого третейским судом. Как известно, третейское соглашение может быть заключено и путем подачи искового заявления в третейский суд, и представленным третейскому суду отзывом противной стороны. И уж тем более, если третейский суд рассмотрел дело, а ни одна из сторон не возражала против этого, нет оснований оспаривать третейское соглашение. Подчеркнем, что даже если третейское соглашение заключено по поводу договора присоединения до возникновения спорных правоотношений, но после того, как возникший спор был передан на разрешение третейского суда, который рассмотрел дело без возражений сторон по поводу его компетенции, то отсутствуют основания для оспаривания принятого третейским судом решения. В этом случае роль третейского соглашения играют исковое заявление, подаваемое в третейский суд, и отзыв на него. Этими документами стороны, признавая юрисдикцию третейского суда, фактически заключают третейское соглашение.

4. Проблемы правового регулирования третейских (арбитражных) соглашений

Третейское (арбитражное) соглашение является системообразующим субинститутом института третейского разбирательства.

Однако с учетом того обстоятельства, что регулирование международного коммерческого арбитража и внутренних третейских судов в России осуществляется с использованием двух законов, а также международно-правовых актов, то вполне естественно предположить, что законодательное оформление может иметь внутренние противоречия.

Впрочем, и до принятия в 2002 г. Закона о третейских судах существовали определенные проблемы в регулировании деятельности третейских судов вообще и третейских соглашений в частности. Связано это было в том числе и с тем, что правовое положение третейских судов регламентировалось тремя законодательными актами: приложением N 3 к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР <1>, Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденным Верховным Советом РФ 24 июня 1992 г. <2> и Законом о международном коммерческом арбитраже. Однако, как отмечают юристы, указанные законодательные акты не отвечали признакам системности и комплексности, содержали разные положения по одним и тем же вопросам, что дестабилизировало практику третейского разбирательства. Пробелы в регулировании деятельности третейских судов в какой-то степени восполнялись регламентами возникающих постоянно действующих третейских судов, положениями об их деятельности, принимаемыми в качестве локальных нормативных актов.

<1> Ведомости ВС РСФСР. 1964. N 24. Ст. 407.

<2> Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. N 30. Ст. 1790.

Исследователь проблем третейского разбирательства Е.А. Виноградова отмечала, что "в ходе работы над локальными нормативными актами: положениями о третейских судах, регламентами рассмотрения в них споров и другими стала очевидной недостаточность имеющихся и выполненных в основном применительно к внешнеторговым третейским судам теоретических разработок, содержащих мало научно обоснованных рекомендаций по определению содержания названных локальных нормативных актов" <1>. Таким образом, на момент проведения последней реформы судеустройственной и процессуальной систем (2002 г.) существовала насущная потребность согласования двух законодательных актов, регулирующих деятельность, с одной стороны, внутреннего третейского судопроизводства и, с другой стороны, международного коммерческого арбитража.

<1> Виноградова Е.А. Правовые основы организации и деятельности третейского суда: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1994. С. 3 - 4.

Кроме того, в условиях отсутствия полноценного регулирования деятельности третейских судов на федеральном уровне, в регионах (субъектах Российской Федерации), с провозглашением лозунга "берите столько суверенитета, сколько хотите" стали предприниматься попытки урегулировать самые разнообразные стороны общественной жизни, в том числе и третейское судопроизводство. Следствием этого стало принятие, к примеру, Закона Республики Башкортостан от 14 октября 1994 г. "О третейском суде" <1>. В Саратовской области была сделана попытка принять законопроект "О третейских судах Саратовской области" <2>. В юридической литературе обсуждались вопросы о правомочности урегулирования третейского разбирательства на уровне субъектов Федерации, причем, как правило, с благожелательных позиций <3>.

<1> Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии / Сост. и автор комментариев - Е.А. Виноградова. М., 1997. С. 71 - 79.

<2> Зайцев А.И. Проблемы в деятельности третейских судов и пути их преодоления // Третейский суд. 2000. N 3. С. 34 - 35.

<3> См.: Пастухов В.Г. Некоторые мысли по поводу конференции в Геленджике // Третейский суд. 1999. N 4 - 6. С. 28 - 29; Кузнецов Н.В. Вправе ли субъекты Российской Федерации принимать закон "О третейском суде субъекта Федерации" // Развитие альтернативных форм разрешения правовых конфликтов / Под ред. М.В. Немытиной. Ч. 2. Саратов, 2000. С. 30; Лебедев М.Ю. Соотношение федерального законодательства с региональными регламентами постоянно действующих третейских судов // Вестник Саратовской государственной академии права. 2002. N 2 (31). С. 41 - 42; Зайцев А.И. Проблемы в деятельности третейских судов и пути их преодоления. С. 34 - 37.

В настоящее время Закон о международном коммерческом арбитраже и Закон о третейских судах являются основными законодательными актами, регулирующими порядок образования и деятельности третейских судов в Российской Федерации. Указанными законодательными актами урегулированы и вопросы, связанные с третейскими соглашениями.

В то же время законодательство о третейских судах, третейском судопроизводстве и исполнении решений третейских судов состоит в том числе и из норм, содержащихся в иных федеральных законах, регулирующих те или иные вопросы третейского разбирательства и порядка исполнения решений, принимаемых третейскими судами на территории России. К таким законам относятся прежде всего АПК РФ и ГПК РФ. И хотя указанные процессуальные кодексы в основном регулируют вопросы оспаривания решений третейских судов и порядка их принудительного исполнения путем выдачи компетентными государственными судами исполнительных листов, в них можно найти нормы, посвященные третейским соглашениям. Главным образом эти нормы касаются признания третейских соглашений недействительными и последствий такого признания.

При наличии избыточности в правовом регулировании одних и тех же вопросов можно отметить и неоправданные отличия при регламентации одинаковых правовых институтов в АПК РФ, с одной стороны, и в ГПК РФ - с другой. Так, например, в ст. 148 АПК РФ право заявить о наличии третейского соглашения предоставлено обеим сторонам процесса, в то время как в ст. 222 ГПК РФ такое право предоставлено только ответчику. В литературе отмечается, что различный правовой режим этого субинститута неоправданно ставит в неравное положение участников процесса <1>. Таким образом, наличие различных процессуальных кодексов провоцирует различные правовые режимы для ситуаций, которые должны регулироваться одинаковыми методами.

<1> Муранов А.И. Действительное третейское соглашение и проблема прекращения производства по делу в российском государственном суде // Законодательство. 2002. N 10. С. 63; Котельников А.Г. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде // Третейский суд. 2004. N 2 (32). С. 69.

Оценка взаимосвязи между законодательством о третейских судах и процессуальным законодательством, регламентирующим деятельность компетентных государственных судов, важна не только с теоретической, но и с сугубо практической точки зрения. К примеру, возникает вопрос: возможно ли применение третейскими судами норм процессуального законодательства, регулирующих деятельность государственных судов (судов общей юрисдикции и арбитражных судов) в том случае, если аналогичные процедуры не урегулированы Законом о третейских судах?

Подобная проблема обсуждалась в юридической литературе, посвященной международному коммерческому арбитражу. На этот счет высказывались различные точки зрения. К примеру, В.С. Поздняков полагает, что "ни законодательство о судоустройстве, ни процессуальное законодательство Российской Федерации, в частности ГПК РСФСР и АПК РФ, к международному коммерческому арбитражу не применяются" <1>. Р.А. Петросян, ссылаясь на практику Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, пишет о том, что это положение при рассмотрении конкретного дела нашло отражение с некоторыми дополнениями: "В деле N 2/1995 состав арбитража, установив, что ГПК РСФСР и АПК РФ не имеют прямого отношения к МКАС, где ведение разбирательства определяется нормами законодательства, не предусматривающего связанность третейского суда их положениями, вместе с тем посчитал, что это не исключает возможности для арбитров в рамках предоставленного им законом усмотрения разрешать соответствующие вопросы сообразно общим процессуальным положениям" <2>. Та же проблема встает и при оценке соотношения правил, устанавливаемых Законом о третейских судах, с одной стороны, и норм, установленных процессуальным законодательством - с другой.

<1> Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации (закон, регламент, комментарии). М., 1996. С. 14.

<2> Петросян Р.А. Применение Регламента МКАС в сочетании с Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже" // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002. С. 98.

Представляется, что ответы на вопросы, фокусирующиеся в данной проблеме, должны даваться с учетом следующего. Во-первых, поскольку приоритетным для развития третейского процесса является соглашение, достигнутое сторонами, то, если стороны прямо предусмотрели необходимость применения в ходе третейского разбирательства норм процессуального законодательства, это означает, что третейский суд, будучи связан этим соглашением, обязан применять такие правила. Во-вторых, если стороны в третейском соглашении не оговорили возможность применения каких-либо правил, в том числе и регулирующих деятельность государственных судов, то третейский суд в случае отсутствия соответствующих норм в Законе о третейских судах вправе обращаться к соответствующим нормам процессуального законодательства, регулирующим сходные правоотношения, но в пределах того усмотрения, ограниченность которого диктуется диспозитивным характером процессуальных взаимоотношений сторон. При этом обращение третейского суда к нормам процессуального законодательства должно быть таким, чтобы обеспечивать обеим сторонам третейского разбирательства возможность использовать соответствующие процессуальные права, так же как в равной мере быть носителями одинаковых процессуальных обязанностей.

В свою очередь, наличие такой взаимной связи между процессуальным законодательством и Законом о третейских судах является основанием для вывода, который делается А.Г. Светлановым: "Автономность третейского суда и его негосударственный характер не дают оснований исключить третейский суд вообще и международный коммерческий арбитраж в частности как институт из сферы процессуального права" <1>. Однако к высказанному замечанию следует добавить, что некоторые нормы Закона о третейских судах выходят за рамки собственно процессуальных конструкций и находятся в плоскости гражданско-правовых отношений. Это касается прежде всего норм, регулирующих третейское соглашение. Поэтому правомерен вывод, к которому приходит А.В. Цихоцкий: "...процессуальное законодательство содержит и "мозаичные включения" частноправовых положений, количество которых в условиях рыночной экономики приобретает тенденцию к росту" <2>. Именно нормы материального характера, нормы частноправовой направленности, нормы, регулирующие третейское соглашение, и создают своеобразие института третейского разбирательства как процедуры разрешения частноправовых споров.

<1> Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002. С. 127.

<2> Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997. С. 66.

Таким образом, Закон о третейских судах является нормативным актом, в целом тяготеющим к процессуальному законодательству цивилистической направленности (гражданское процессуальное право, арбитражное процессуальное право). Однако этим же Законом делаются весьма существенные идейно-правовые изъятия из принципов процессуального права цивилистической направленности. Главным образом эти изъятия касаются группы норм, которыми формируется правовой субинститут третейского разбирательства, а также тех правовых конструкций, которыми определяется предоставление сторонам правовой возможности самостоятельно определять правила третейского разбирательства. Это, в свою очередь, ставит под сомнение возможность квалификации всего массива норм Закона о третейских судах в качестве процессуальных, поскольку процессуальные правила есть следствие реализации публично-правовых интересов, которые не зависят от усмотрения непосредственных сторон спорного правоотношения. Возможность определять правила третейского разбирательства путем заключения третейского соглашения и на основе усмотрения сторон, независимого от воли публичной власти, переводит квалификацию соответствующих правоотношений в договорную плоскость, т.е. в плоскость гражданско-правовых отношений, регулируемых на основании принципа диспозитивности, свободы выбора. Все вышеизложенные соображения дают основания для вывода о своеобразном характере отношений, возникающих в сфере третейского разбирательства. Особенностью этих отношений является то обстоятельство, что в этих отношениях неразрывным образом переплетаются как нормы публично-правовой направленности, так и нормы частноправовой направленности, совокупность которых и порождает феномен третейского процесса, в рамках которого происходит разбирательство споров между субъектами гражданского оборота. Это разбирательство происходит на частной основе, но его эффективность обеспечивается в том числе и государственно-правовыми механизмами, которые включаются, когда один из участников разрешаемого спора уклоняется от добровольного исполнения принятого третейским судом по делу решения. Именно поэтому в юридической литературе обосновывается тезис о том, что в качестве источника третейского процесса выступают не только законы, но и регламенты и даже соглашения сторон <1>.

<1> См., например: Амвросов А. Коммерческий арбитраж в Германии // Международный коммерческий арбитраж. Приложение к журналу "Хозяйство и право". 2000. N 1. С. 35; Тарасов В.Н. Третейский процесс. СПб., 2002. С. 37; Морозов М.Э. Правовые источники третейского разбирательства // Третейский суд. 2005. N 3 (39). С. 101 - 105.

Нормы, регулирующие допустимость заключения третейского соглашения, содержатся не только в базовых законах. Обусловлено это тем, что законодатель в профильных законах не установил исчерпывающий перечень гражданско-правовых споров, подпадающих под сферу действия третейских соглашений и под юрисдикцию третейских судов. Таким образом, при регулировании гражданско-правовых отношений в той или иной сфере, равно как и при определении способов защиты гражданских прав в различных областях, законодатель принужден оговаривать и возможность заинтересованных лиц прибегать к такому способу защиты гражданских прав, как третейское разбирательство, источником которого выступает третейское соглашение.

Нормы, устанавливающие допустимость заключения третейского соглашения, регулируются множеством иных законодательных актов. Так, например, нормы, позволяющие заинтересованным лицам заключить третейское соглашение, содержатся в Кодексе внутреннего водного транспорта РФ (ст. ст. 128 - 129) <1>, Трудовом кодексе РФ (ст. 404), Законах "О товарных биржах и биржевой торговле" (ст. 30) <2>, "Об организации страхового дела" (ст. 35) <3>, "О недрах" (ст. 50) <4>, "О залоге" (ст. 28) <5>, "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации" (ст. 12) <6>, Федеральных законах "О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд" (ст. 8) <7>, "О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах" (ст. 17) <8>, "О соглашениях о разделе продукции" (ст. 22) <9>, "О рынке ценных бумаг" (ст. 15) <10>, "Об участии в международном информационном обмене" (ст. 21) <11>, "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" (ст. 28) <12>, "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (ст. 25) <13>, "Об оценочной деятельности" <14> и др. Указанные нормативные правовые акты, как правило, оговаривают возможность субъектов регулируемых этими законами правоотношений заключить третейское соглашение и впоследствии обратиться в третейский суд с иском о разрешении спора.

- <1> СЗ РФ. 2001. N 11.
- <2> Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. N 18. Ст. 961.
- <3> Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. N 2. Ст. 56.
- <4> Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. N 16. Ст. 834.
- <5> Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. N 23. Ст. 1239.
- <6> Российская газета. 1993. 12 августа.
- <7> СЗ РФ. 1994. N 32.
- <8> СЗ РФ. 1995. N 9.
- <9> СЗ РФ. 1996. N 1.
- <10> СЗ РФ. 1996. N 17.
- <11> СЗ РФ. 1996. N 28.
- <12> СЗ РФ. 1997. N 30.
- <13> СЗ РФ. 1998. N 29.
- <14> СЗ РФ. 1998. N 31.

Вместе с тем следует подчеркнуть, что такое регулирование имеет эпизодический (а иногда и случайный) характер и по сути предстает своего рода мозаичными вкраплениями в систему правового регулирования третейского соглашения и третейского судопроизводства. В целом нормы, содержащиеся в указанных законодательных актах, не оказывают существенного влияния на регулирование отношений в сфере третейского разбирательства, которое (регулирование) базируется на концепции двух основных законодательных актов: Закона о международном коммерческом арбитраже и Закона о третейских судах.

В истории российского права имели место случаи урегулирования вопросов третейского соглашения органами исполнительной власти государства. В свое время был принят Указ Президента РФ от 31 августа 1995 г. N 889 "О порядке передачи в залог акций, находящихся в федеральной собственности" <1>, в соответствии с которым допускалась передача соответствующих споров на рассмотрение третейского суда. В этом Указе Президента РФ был приведен текст третейской оговорки о рассмотрении споров в Третейском суде при Торгово-промышленной палате РФ.

-
- <1> СЗ РФ. 1995. N 36.

Появление норм о допустимости заключения третейского соглашения в отношении передачи подобной категории споров на рассмотрение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (если стороной являлось иностранное юридическое лицо или предприятие с иностранными инвестициями) и на рассмотрение Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ (если стороной являлось юридическое лицо, зарегистрированное в государствах - участниках СНГ, либо российское юридическое лицо без иностранного участия) было довольно уникальным для российской правовой системы явлением. Вместе с тем допускалось заключение третейских соглашений только в отношении тех споров, которые возникали в связи с исполнением, изменением или расторжением договоров комиссии. Таким образом, споры, связанные с заключением этих договоров или их недействительностью, не могли быть предметом третейских соглашений и рассмотрения указанных третейских судов.

К числу источников урегулирования третейского соглашения и третейского разбирательства на территории Российской Федерации относится ряд соглашений, заключенных с участием России в СНГ. Так, в соответствии с Соглашением о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киевское соглашение от 20 марта 1992 г. <1>, ст. 3), Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минская конвенция 1993 г. <2>, ст. ст. 20 - 22) допустимо заключение третейских соглашений и предусмотрены правила разрешения споров с участием субъектов частного права договорившихся государств. Одно из основных направлений регулирования данных межгосударственных актов заключается в предоставлении заинтересованным лицам возможности собственным соглашением самим определить способ и порядок разрешения споров. Причем заинтересованные лица ориентируются указанными нормативными актами именно на договорную подсудность, когда спор может быть разрешен, с одной стороны, в компетентном государственном суде, но, с другой стороны, при наличии третейского соглашения - третейским судом.

-
- <1> Вестник ВАС РФ. 1992. N 1.
 - <2> СЗ РФ. 1995. N 17. Ст. 1472.

В контексте проблемы подбора источников следует различать источники правового регулирования третейского соглашения и третейского разбирательства, с одной стороны, и источники применения третейским судом норм права при разрешении споров - с другой. Поскольку третейские суды рассматривают гражданско-правовые споры, то делают они это на основе норм гражданского законодательства. В п. 1 ст. 6 Закона о третейских судах указана иерархия нормативных правовых актов, которые применяются третейским судом при разрешении споров. В литературе обращалось внимание на некорректность формулирования указанной нормы <1>. Связано это с тем, что среди источников применения третейским судом норм права указаны нормативные правовые акты, принимаемые субъектами Российской Федерации и органами местного самоуправления. Между тем в соответствии с конституционными установлениями гражданское законодательство отнесено к сфере исключительной компетенции федеральных органов. Следовательно, акты, принимаемые региональными органами власти, содержащие гражданско-правовые нормы, не могут выступать в качестве источников разрешения гражданско-правовых споров, которые отнесены к компетенции третейских судов.

<1> Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. М., 2003. С. 32 (автор комментария к ст. 6 - Е.А. Суханов).

В то же время, как справедливо отмечает Е.А. Суханов, в нормативных актах, принимаемых субъектами Российской Федерации и органами местного самоуправления, могут содержаться нормы административно-правового или иного публично-правового характера, которые в некоторых случаях могут служить основанием для отдельных выводов и положений, имеющих значение для разрешения конкретного спора в третейском суде <1>. Это же касается и актов субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, в которых могут содержаться нормы, касающиеся третейского соглашения. Если таковые будут иметь место, то они не должны применяться, поскольку компетенция по урегулированию третейского соглашения принадлежит федеральному законодателю.

<1> Там же. С. 32 - 33.

5. Заключение и оформление третейского (арбитражного) соглашения

Исследователи отмечают, что предмет третейского (арбитражного) соглашения "состоит в действиях, связанных с рассмотрением и разрешением споров участников гражданских правоотношений третейским судом" <1>. Если стороны при заключении третейского (арбитражного) соглашения не достигли согласия о его предмете, т.е. о том, что спор передается на рассмотрение и разрешение третейского суда, то такое соглашение следует оценивать как незаключенное.

<1> Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 9.

Таким образом, нам представляются неточными высказывания о том, что третейское (арбитражное) соглашение является недействительным, если стороны не достигли соглашения по всем его существенным пунктам <1>. В данном случае третейское соглашение необходимо рассматривать как незаключенное.

<1> См.: Хвалеи В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. N 5 (29). С. 51.

Если в третейском соглашении в качестве компетентных разрешать спор альтернативно указано несколько третейских судов, то такие третейские соглашения рассматриваются как незаключенные, поскольку стороны не достигли определенности в предмете третейского соглашения. Именно такого подхода придерживается высшая судебная инстанция при формировании судебной арбитражной практики <1>, хотя в практике третейских (арбитражных) судов можно встретить и прямо противоположный подход <2>. При этом следует иметь в виду, что в практике иногда возникают ситуации, когда третейское соглашение оспаривается по тем основаниям, что в нем указан третейский суд с тем же наименованием, что и другой существующий третейский суд. Суды признают такие третейские соглашения действительными, указывая на то, что наличие другого суда с похожим названием не создает неопределенности сторон в выборе суда <3>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 1996 г. N 5278/98.

<2> Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ от 29 октября 1996 г. по делу N 441/1996.

<3> Постановление ФАС Поволжского округа от 15 августа 2006 г. N А65-8820/06-СГ1-17.

В то же время неуказание в третейском соглашении наименования третейского суда само по себе еще не означает незаключенности или недействительности третейского соглашения. В судебной практике в данном случае выработаны критерии, согласно которым вопрос о наличии между сторонами соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда, заявленный на стадии оспаривания в компетентный суд решения третейского суда, вынесенного по существу спора, должен разрешаться с учетом надлежащей правовой оценки фактических обстоятельств дела, которые могут свидетельствовать о наличии либо отсутствии в действиях лица, оспаривающего решение третейского суда, волеизъявления на участие в конкретном третейском разбирательстве. При этом закон не устанавливает в качестве обязательного требования к содержанию третейской оговорки наличия в ней наименования третейского суда и процедуры, в соответствии с которой подлежит рассмотрению спор в третейском суде <1>. Если при наличии третейского соглашения, в котором не указано наименование третейского суда, стороны участвовали в конкретном третейском разбирательстве, не возражая против юрисдикции этого суда, компетенция соответствующего третейского суда признается обоснованной. Последнее правило сформулировано в ч. 2 ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже.

<1> Постановление ФАС Московской области от 27 декабря 2006 г. N КГ-А41/12623-06.

Судебная практика поддерживает такой способ заключения третейского соглашения. Тот же способ находит поддержку и у ведущих отечественных правоведов <1>. Более того, практика внутреннего третейского разбирательства в качестве третейского соглашения рассматривает совершение сторонами действий, свидетельствующих об их добровольном подчинении юрисдикции данного суда <2>.

<1> См.: Суханов Е.А. Арбитражное (третейское) соглашение - основа третейского разбирательства (природа, содержание, форма и т.д.). Статус третейского суда и процедура разрешения споров в третейском суде // Третейский суд. 2002. N 1/2. С. 17; Костин А.А. Соотношение законов "О международном коммерческом арбитраже" и "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 34; Зыкин И.С. Некоторые актуальные вопросы деятельности Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Третейский суд. 2003. N 4 (28). С. 39; Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. N 1 (25). С. 95 - 96; Он же. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. 2003. N 1 (25). С. 26 - 27.

<2> См.: Синильщикова Е.Н. Практика Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в 2002 году // Третейский суд. 2004. N 3 (33). С. 102 - 103.

Практика международного коммерческого арбитража также свидетельствует о том, что арбитры безоговорочно считают третейское соглашение в этом случае заключенным <1>. Это неслучайно, поскольку, например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже также рассматривает арбитражную оговорку или арбитражное соглашение как заключенные, если стороны обменялись иском заявлением и отзывом на искомое заявление (ст. 7).

<1> См.: Розенберг М.Г. Практика международного коммерческого арбитражного суда. М., 1997. С. 115; Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ // Третейский суд. 2002. N 1/2. С. 82 - 83.

Практика российских судов общей юрисдикции свидетельствует о том, что российские суды приняли такой подход к данному способу заключения третейских соглашений. К примеру, в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ по делу N 165пв-99 указывается, что "соглашение о передаче спора в арбитраж (третейский суд)... может быть заключено различными способами. Одним из таких способов является обмен исковыми заявлениями и отзывами на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает" <1>.

<1> Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 88.

Представляется, что и с точки зрения Закона о третейских судах допустимо говорить о заключенности в такой ситуации третейского соглашения. В данном случае происходит обмен документами, подписанными сторонами (исковое заявление и отзыв на него) и имеющими письменную форму, которые свидетельствуют о согласии сторон подчиниться юрисдикции определенного третейского суда. Совокупность этих обстоятельств и дает основания для вывода о наличии между сторонами соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда.

В то же время высказываемые в юридической литературе суждения о том, что заключенное в данном случае третейское соглашение следует рассматривать как результат конклюдентных действий, представляются необоснованными <1>. Волеизъявление сторон, фиксируемое в исковом заявлении и в отзыве на него, будучи отраженным в письменной форме, выражает прямую направленность воли сторон на разрешение спора между сторонами в этом третейском суде, и, как следствие, совокупность двух этих документов необходимо рассматривать как письменную форму заключения третейского соглашения (т.е. юридические последствия являются не результатом фактических действий, а следствием письменной фиксации в документах волеизъявления сторон).

<1> См.: Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ. С. 82.

Вопрос об урегулировании требований к форме третейского соглашения предопределяется оценкой значимости этого юридического факта со стороны законодателя. Простое волеизъявление заинтересованных лиц, выраженное в устной форме, недостаточно для заключения третейского соглашения. К тому же устная договоренность о передаче спора на разрешение третейского суда может повлечь трудноразрешимые споры о порядке его реализации. Третейское соглашение считается заключенным только в том случае, если оно заключено в письменной форме. В соответствии с п. 2 ст. 7 Закона о третейских судах в том случае, если третейское соглашение заключено в устной форме, оно считается незаключенным. В Законе о международном коммерческом арбитраже подобного рода последствий прямо не установлено. Однако к выводу о незаключенности устного арбитражного соглашения можно прийти путем толкования ст. 7 этого Закона, которая также устанавливает требование о том, чтобы арбитражное (третейское) соглашение было заключено в письменной форме.

Экскурс в историю свидетельствует о том, что временами законодателем придается повышенное значение форме третейского соглашения. Это выражается в требованиях к заключению третейского соглашения в квалифицированной, т.е. нотариальной, форме. Так, согласно российскому Уставу гражданского судопроизводства 1864 г. удостоверение третейской записи, сделанной в письменной форме, должно было быть осуществлено нотариусом либо мировым судьей (ст. 1374) <1>. В соответствии с ГПК РСФСР 1923 г. третейская запись подлежала обязательному нотариальному удостоверению (ст. 199). Согласно ст. 6 Положения о третейских судах от 16 октября 1924 г. третейские записи подлежали обязательному засвидетельствованию в нотариальном порядке. Незасвидетельствование третейской записи в нотариальном порядке делало ее недействительной <2>.

<1> Цит. по: Зайцев А.И., Захарьяшева И.Ю., Балашова И.Н., Балашов А.И. Альтернативное разрешение споров: Учебно-методический комплекс. М.: Экзамен, 2007. С. 65.

<2> См.: Брауде И.Л. Третейские суды: Комментарий к главе XXII Гражданского процессуального кодекса и к Положению о третейском суде. М., 1926. С. 19.

Законодательство о третейских судах и международном коммерческом арбитраже весьма скупо регулирует вопросы заключения и формы третейского соглашения. Однако практика третейского разбирательства, особенно с развитием современных средств электронного оборота, объективно нуждается в нормативном материале, который мог бы стать основой решения тех или иных проблем, связанных с формой третейского соглашения. В связи с отсутствием соответствующих норм в законодательстве о третейских судах практика ориентируется на нормы гражданского законодательства, регулирующие форму и порядок заключения сделок. Двойственная природа третейского соглашения допускает возможность использования гражданского законодательства в качестве нормативной основы для требований к его форме. Как отмечает Т.С. Киселева, "по общему правилу к вопросам об арбитражном соглашении, не урегулированным специальными нормами, применяются общие нормы гражданского права" <1>. К таким же выводам приходит и А.Т. Кенжебаева, исследуя третейское соглашение на материале казахстанского законодательства: "...как и на любую сделку, на арбитражное соглашение распространяются все правила признания сделок недействительными" <2>. В практике третейских судов при квалификации правоотношений, возникающих вследствие заключения третейского

соглашения, также применяются общегражданские правила о сделках. Так, по одному из дел, приведенных в обзоре практики третейских судов при ПАУФОР и НАУФОР, указано, что к заключению, изменению и расторжению соглашения о третейском разбирательстве применяются положения действующего гражданского законодательства. Отказ ответчика от исполнения соглашения о третейском разбирательстве представляет собой односторонний отказ от исполнения гражданско-правового обязательства, что является недопустимым в соответствии со ст. 310 ГК РФ <3>.

<1> Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ. С. 78.

<2> Кенжебаева А.Т. Арбитражное соглашение как средство реализации конституционного права на судебную защиту // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2003. С. 60.

<3> Ярков В.В. Обзор практики третейских судов ПАУФОР и НАУФОР (1995 - 1998) // Юридическая практика. 1999. N 3. С. 89.

Обратившись к гражданскому законодательству, мы обнаружим, что под письменной формой сделки подразумевается составление документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку или должным образом уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК РФ). При этом законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки (совершение на бланке определенной формы, скрепление печатью и т.п.), и предусматриваться последствия несоблюдения простой письменной формы сделки. Весьма распространенным видом письменного документа является единый документ, подписанный сторонами.

В то же время гражданский закон под письменной формой документа подразумевает такой обмен письмами, телеграммами, иными средствами связи, который позволяет однозначно установить, что документ исходит от участника сделки. Следует обратить внимание на то, что согласно п. 1 ст. 158 ГК РФ под письменной формой сделки имеются в виду как простая письменная форма сделки, так и письменная нотариально удостоверенная форма. По общему правилу нотариально удостоверенная форма сделок применяется лишь в тех случаях, когда это прямо предусмотрено действующим законодательством. В Законе о третейских судах ничего не говорится о необходимости нотариального удостоверения третейского соглашения. Поэтому третейское соглашение заключается в простой письменной форме <1>.

<1> Требование о письменной форме третейского соглашения традиционно как для международного права, так и для законодательства иных государств. Так, например, белорусское право предъявляет к третейскому соглашению требование об обязательной письменной форме. Более подробно см.: Функ Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь. Минск, 2005. С. 24 - 31.

С практической точки зрения было бы целесообразно рекомендовать сторонам при заключении третейского соглашения оформлять его в виде единого документа, подписанного обеими сторонами. Хотя как прежде, так и ныне действующее законодательство о третейских судах не формулировало такого требования к форме третейского соглашения, тем не менее значимость этого акта диктует целесообразность составления единого документа, закрепляющего обязательства сторон по передаче возможного или существующего между ними спора на разрешение указанного ими третейского суда. Такой способ заключения третейского соглашения позволит избежать неопределенности в отношении того, достигнуто ли соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда. Рекомендация о включении арбитражной оговорки в единый документ, подписываемый сторонами, высказывается и зарубежными исследователями международного коммерческого арбитража <1>. Однако, повторимся, на сегодняшний день императивного предписания, обязывающего делать это, нет. Таким образом, приведенное суждение является не более чем рекомендацией, направленной на стабилизацию отношений между контрагентами, в том числе и по вопросам возможного третейского (арбитражного) разбирательства споров между ними.

<1> См.: Либшер К. Меморандум: как правильно договариваться о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 200.

Применительно к норме, закрепленной в п. 1 ст. 7 Закона о третейских судах, следует отметить, что она отражает те подходы к определению способов заключения третейского соглашения, которые зафиксированы в международных актах. Так, в соответствии с п. 2 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

(1958 г.) письменная форма арбитражного соглашения сохраняется как в случае его содержания в одном документе, подписанном обеими сторонами, так и в случае заключения арбитражного соглашения путем обмена письмами или телеграммами. Европейская конвенция к числу способов заключения третейского соглашения добавляет обмен сообщениями по телетайпу. Российское же законодательство о третейских судах отказалось от регламентации данного вопроса, вследствие чего регулирование правил о форме и порядке заключения третейского соглашения, как уже подчеркивалось, осуществляется на основании общих норм гражданского законодательства.

Как следует из п. 1 ст. 7 Закона о третейских судах, третейское соглашение может быть заключено с использованием средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Практика арбитражного (третейского) разбирательства в зарубежных государствах свидетельствует о том, что использование электронных средств связи для заключения третейских соглашений приравнивается к письменной форме. Так, английский Закон об арбитраже 1996 г. придает широкое значение термину "письменное соглашение" <1>. Под письменной формой заключения соглашения подразумевается любая форма записи, в том числе и электронная. Очевидно, что объективная тенденция стремительного развития современных средств связи обуславливает необходимость правового урегулирования их использования для заключения соглашений между заинтересованными субъектами.

<1> Видер В.В. Применение Нью-Йоркской конвенции в Англии // Третейский суд. 2003. N 6 (30). С. 59.

В отечественной правовой системе за документами в электронной форме признается правовое значение <1> на протяжении уже более чем 10 лет. Так, например, информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 августа 1994 г. N С1-7/ОП-587 "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике" <2> содержит следующую рекомендацию арбитражным судам: "...в том случае, когда стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники, в которой использована система цифровой (электронной) подписи, они могут представлять в арбитражный суд доказательства по спору, вытекающему из этого договора, также заверенные цифровой (электронной подписью). Если же между сторонами возник спор о наличии договора и других документов, подписанных цифровой (электронной) подписью, арбитражный суд должен запросить у сторон выписку из договора, в котором указана процедура порядка согласования разногласий, на какой стороне лежит бремя доказывания тех или иных фактов и достоверности подписи. С учетом этой процедуры арбитражный суд проверяет достоверность представленных сторонами доказательств. При необходимости арбитражный суд вправе назначить экспертизу по спорному вопросу, используя при этом предусмотренную договором процедуру. В случае отсутствия в таком договоре процедуры согласования разногласий и порядка доказывания подлинности договора и других документов и при оспаривании одной из сторон наличия подписанного договора и других документов арбитражный суд вправе не принимать в качестве доказательств документы, подписанные цифровой (электронной) подписью".

<1> А.П. Вершинин отмечает, что применение электронных документов в суде возможно: 1) с целью оформления и ускорения процессуальной деятельности; 2) в качестве доказательств (см.: Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. М., 2000. С. 16).

<2> Вестник ВАС РФ. 1994. N 11.

Современное нормативное регулирование этого вопроса базируется на правовоположениях, установленных Федеральными законами "Об информации, информационных технологиях и защите информации" <1> и "Об электронной цифровой подписи" <2>. Если первый Закон устанавливает основы использования электронного документа и электронной цифровой подписи, то второй Закон регулирует применение при заключении договоров электронной цифровой подписи как средства защиты информации, передаваемой в процессе совершения сделок. Так, в соответствии с Федеральным законом "Об информации, информационных технологиях и защите информации" под документированной информацией понимается зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию, или, в установленных законодательством Российской Федерации случаях, ее материальный носитель (ст. 2).

<1> Российская газета. 2006. 29 июля.

<2> СЗ РФ. 2002. N 2. Ст. 127.

Толкование совокупности норм различных законов в их взаимосвязи позволяет сделать вывод о том, что заключение третейского соглашения путем электронной связи в соответствии с

российским законодательством допустимо. Вместе с тем это возможно только при соблюдении сторонами определенных условий. Так, заинтересованные лица должны достичь специального соглашения о тех требованиях, которые должны быть предъявлены к электронной процедуре заключения такого договора, а также к электронным документам. Чрезвычайно важную функцию в данном случае выполняет электронная подпись, которая представляет собой реквизит электронного документа. В свою очередь, электронный документ выполняет двойную функцию: во-первых, предназначен для защиты данного электронного документа от подделки, а во-вторых (и это главное), является основанием для возникновения правоотношений между сторонами. При этом электронная подпись, как отмечается специалистами, выполняет следующие функции: указывает, кем подписан электронный документ или сообщение; гарантирует, что электронный документ подписан уполномоченным лицом; обеспечивает подлинность и неизменность подписанного документа; обозначает выражение воли стороны по сделке; символизирует необходимую письменную форму сделки, заключенной посредством электронной связи <1>.

<1> См.: Соловяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право. 2003. N 1. С. 35.

Следует отметить и то, что российский законодатель весьма гибко подходит к возможным способам заключения третейского соглашения. Так, один из способов заключения третейского соглашения предусмотрен в ч. 1 ст. 7 Закона о третейских судах. В соответствии с этой нормой третейское соглашение считается заключенным в письменной форме, если оформлено в виде ссылки в договоре на документ, который содержит условие о передаче спора на разрешение третейского суда и при этом договор заключен в письменной форме, а указанная ссылка такова, что делает третейское соглашение частью договора. Таким образом, упомянутый Закон устанавливает возможность своего рода отсылочного способа заключения третейского соглашения. Устанавливая эту норму, российский законодатель воспринял рекомендацию, которая содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: "...ссылка в соглашении на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что соглашение заключено в письменной форме и эта ссылка является таковой, что делает указанную оговорку частью соглашения" (ст. 7).

С целью исключения возможных неясностей при толковании арбитражных соглашений многие третейские суды, как зарубежные, международные, так и российские, содержат собственные тексты арбитражных оговорок (третейских соглашений), которые рекомендуются для использования сторонам при подготовке соответствующих третейских соглашений, передающих разрешение спора на рассмотрение этого третейского суда. Соответствующие рекомендации исходят из того, что неправильная формулировка третейского соглашения может привести к признанию недействительным такого соглашения со всеми вытекающими отсюда как правовыми, так и фактическими негативными последствиями. Практика рекомендации формулировок третейских соглашений основана на многолетних традициях и опыте указанных коммерческих арбитражей. При разработке стандартных типов третейских соглашений учитывается и практика государственных судов, в том числе и практика признания недействительными третейских соглашений. Как правило, в соответствующих рекомендациях по формулированию третейской оговорки указывается на необходимость точного упоминания наименования третейского суда со ссылкой на то, что нарушение этого требования может привести к отказу третейским судом в приеме искового заявления. Это правило является весьма важным для практики заключения третейских соглашений, поскольку ориентирует заинтересованные стороны на четкость формулировок, при помощи которых достигается необходимый правовой эффект.

К примеру, Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате рекомендует следующую примерную третейскую оговорку: "Все споры, возникшие в ходе исполнения настоящего договора (контракта) или в связи с ним либо вытекающие из него, подлежат окончательному разрешению в Третейском суде при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате в соответствии с Регламентом указанного суда" <1>. Эта формулировка, будучи рекомендательной, включена в качестве преамбулы в Регламент указанного суда <2>. В то же время Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате не подходит строго формально к формулировке третейского соглашения, зафиксированной сторонами непосредственно в договоре. В соответствии со ст. 1 Регламента, если в третейской оговорке (соглашении) в названии "Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате" вместо слов "Третейский суд" используются синонимы указанных слов, заимствованные из иностранных языков, либо иные синонимы, то в этом случае Третейский суд вправе принять дело к своему производству <3>.

<1> Мусин В.А. Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате // Третейский суд. 2002. N 5/6. С. 166.

<2> Регламент Третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате (с изм. и доп. на 22 октября 2002 г.) // Третейский суд. 2002. N 5/6. С. 143.

<3> См.: Регламент Третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате (с изменениями и дополнениями на 22 октября 2002 г.) // Третейский суд. 2002. N 5/6. С. 144.

6. Недействительность третейского (арбитражного) соглашения

Представляется, что вопрос о недействительности третейского (арбитражного) соглашения является одним из самых сложных в современной науке, изучающей институт третейского разбирательства. При этом судебная практика при решении этого вопроса весьма сильно зависима от господствующей в конкретном правопорядке доктрины правовой природы третейского соглашения.

Особенности российской судебной практики при разрешении споров, связанных с оценкой действительности (недействительности) третейских соглашений, заключаются в том, что правоприменитель опирается как на гражданско-правовую доктрину понимания третейского соглашения, так и на процессуальную теорию его правовой природы. Впрочем, в практике можно найти и судебные акты, которые интерпретируют недействительность третейского соглашения в русле доктрины "sui generis".

В соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 421 ГПК РФ решение третейского суда подлежит отмене в случае, если сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене решения третейского суда, представит суду доказательства того, что третейское соглашение недействительно по основаниям, предусмотренным федеральным законом (аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 42 Закона о третейских судах, п. 1 ч. 2 ст. 233 АПК РФ). Особенности формулирования этой нормы допускают вывод о том, что компетентный государственный суд не вправе ex officio проверять третейское соглашение с точки зрения его действительности (сторона... представит суду доказательства). Таким образом, бремя доказывания недействительности третейского соглашения возлагается на сторону, оспаривающую его действительность. Это, в свою очередь, позволяет оценивать недействительность третейского соглашения, если пользоваться терминологией цивилистической доктрины, с позиции оспоримости данного юридического акта.

Вместе с тем следует отметить несовершенство этой нормы. В частности, это касается случаев, когда для компетентного государственного суда очевидна абсолютная недействительность (пользуясь гражданско-правовой терминологией, ничтожность) третейского соглашения. Целевое толкование норм в совокупности с нормами гражданского законодательства о недействительности сделок позволяет сделать вывод о том, что компетентный государственный суд вправе ex officio оценивать третейское соглашение на предмет его действительности. Например, если третейское соглашение заключено неправосубъектным образованием (например, цехом, отделом, участком и т.п.), то это влечет его ничтожность.

В литературе те третейские соглашения, которые содержат существенные пороки, влекущие их недействительность, иногда именуют патологическими арбитражными (третейскими) оговорками <1>. В исследованиях, посвященных третейскому разбирательству, имеют место попытки классификации причин, вызывающих недействительность арбитражных оговорок (третейских соглашений). Так, А.В. Попова пишет о том, что патология арбитражных оговорок может быть результатом их:

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (под ред. В.В. Яркова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2005 (издание второе, переработанное и дополненное, стереотипное).

<1> См.: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001. С. 141; Арбитражный процесс / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2003. С. 665 - 667 (автор главы - Е.А. Виноградова); Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение. С. 45; Попова А.В. Проблема патологических арбитражных оговорок во внешнеторговых контрактах // Альманах работ молодых ученых. Правоведение. 2003. N 1 (3). С. 124 - 128.

- неопределенности, например, когда арбитражная оговорка не позволяет точно определить наименование коммерческого арбитража;

- неполноты, если имеет место недостаточно полное определение порядка назначения арбитров или процедуры рассмотрения дела арбитражем;

- утраты силы, если, например, стороны установили жесткие временные рамки для определенных действий и соответствующие сроки уже истекли <1>.

<1> См.: Попова А.В. Проблема патологических арбитражных оговорок во внешнеэкономических контрактах. С. 125.

В. Хвалей при классификации оснований недействительности арбитражных соглашений пишет о том, что соглашение может быть признано недействительным, если оно:

- было заключено с пороком воли (под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);
- было совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью;
- было совершено без соблюдения установленной законом формы;
- не содержит в себе все существенные условия, установленные для арбитражного соглашения, в том числе не содержит явно выраженного намерения передать спор на разрешение арбитража;
- противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже;
- заключено по вопросам, которые не могут являться предметом третейского разбирательства <1>.

<1> См.: Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение. С. 47 - 48.

Таким образом, в основе приведенных классификаций недействительности третейских соглашений находится та классификация недействительности сделок, которая выработана в теории гражданского права. Сюда же следует отнести те специальные основания недействительности, которые обусловлены процессуальным аспектом третейского соглашения. В связи с этим С.А. Курочкин отмечает: "Гражданское законодательство содержит условия действительности арбитражного соглашения, производные от связи субъектов (сторон арбитражного соглашения) с основным спорным материальным правоотношением, их способности своими действиями создавать для себя права и обязанности, меры свободы в формировании своей воли и свободы в ее изъявлении (в части, касающейся передачи спора на рассмотрение иного юрисдикционного органа - третейского суда). Процессуальное законодательство определяет круг споров, которые могут быть рассмотрены третейскими судами путем формирования перечня дел, находящихся в исключительной подведомственности государственных судов" <1>.

<1> Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 156.

Итак, гражданско-правовые подходы к недействительности третейского соглашения определяют, что таковое является недействительным, если не соблюдены требования о допустимости спора как предмета третейского разбирательства, о его форме и содержании, о право-, дееспособности (правосубъектности) сторон, заключивших третейское соглашение, о добровольности их волеизъявления, о его соответствии их внутренней воле.

Примером может послужить следующее известное дело <1>. В споре Smal Ltd v. Goldroyce Garment Ltd, который рассматривался судом Гонконга, было установлено, что истец договорился с ответчиком о приобретении товаров и направил ему заказ с просьбой подписать и вернуть обратно. Заказ содержал арбитражную оговорку. Однако представители фирмы Goldroyce Garment Ltd не подписали и не выслали обратно проект договора. При этом заказанные товары были отгружены в соответствии с заказом. Товар был оплачен согласно условиям проекта договора. Таким образом, договор был заключен путем совершения действий, которые были направлены на исполнение договора. После возникновения между сторонами спора встал вопрос: было ли заключено арбитражное соглашение? Суд сделал вывод о том, что арбитражное соглашение не может быть заключено путем совершения конклюдентных действий, направленных на исполнение основного договора.

<1> См.: Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ. С. 82 - 83.

В целом требования к форме третейского соглашения традиционно рассматриваются как одно из условий его действительности. Так, например, еще в XIX в. в российской правоприменительной практике с соблюдением формы связывалась действительность третейской записи. К примеру, согласно разъяснениям Кассационного департамента Правительствующего Сената "третейская запись, не удовлетворяющая установленной законом форме, а равно и последовавшее на основании такой записи решение "медиаторов", необязательна для участвовавших в ней лиц" <1>.

<1> Гордон В. Устав гражданского судопроизводства с позднейшими узаконениями, законодательными мотивами и разъяснениями Правительствующего сената. СПб., 1896. С. 1374.

Современная практика применения российского законодательства исходит из того, что третейское соглашение следует рассматривать как недействительное, если сторонами при его заключении не соблюдены требования о допустимости споров как предмета третейского разбирательства, о его форме и содержании (т.е. те условия, которые предусмотрены непосредственно в Законе о третейских судах), о право-, дееспособности (правосубъектности) сторон, заключивших третейское соглашение, о добровольности их волеизъявления, о соответствии их волеизъявления его внешнему проявлению (т.е. такие условия, которые хотя прямо и не предусмотрены Законом о третейских судах, но обязательность которых диктуется общегражданским законодательством).

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, принимая Постановление N 5278/95, указал, что в соглашении о передаче спора третейскому суду должны получить отражение сведения о том, какому конкретно постоянно действующему третейскому суду будет поручено третейское разбирательство, либо о том, что стороны самостоятельно создадут третейский суд для рассмотрения конкретного спора в установленном порядке <1>. Поскольку стороны не предоставили доказательств того, что ими был согласован третейский суд в качестве органа, компетентного рассматривать споры между ними, или принятия мер по созданию такого суда, то нет оснований считать, что сторонами достигнуто соглашение о передаче дела третейскому суду.

<1> Вестник ВАС РФ. 1996. N 5.

Необходимость обязательной письменной формы третейского соглашения вызывается и тем, что это соглашение исключает юрисдикцию государственных судов. На это обращает внимание и Т.С. Киселева: "...требование о письменной форме арбитражного соглашения вызвано тем, что, заключая его, стороны тем самым отказываются от своего конституционного права на обращение в государственный суд, что оправдывает строгие требования к форме арбитражного соглашения" <1>.

<1> Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ. С. 75.

Исходя из этой логики, отметим, что для компетентных государственных судов в случае обращения к ним одной из сторон, участвующих в заключении и исполнении третейского соглашения, необходимы убедительные доказательства того, что они не могут рассматривать спор, защищать лицо, обратившееся с просьбой о восстановлении нарушенного права. Таким доказательством и является заключенное в письменной форме третейское соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда.

К кругу обязанностей компетентного государственного суда отнесена и обязанность проверить действительность третейского соглашения в том случае, если решение третейского суда оспаривается или встает вопрос о его отмене. Компетентный государственный суд вправе отменить решение третейского суда в том случае, если сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене решения, докажет недействительность третейского соглашения вследствие его противоречия федеральному законодательству (п. 1 ч. 2 ст. 233 АПК РФ; ст. 421 ГПК РФ).

Вопрос о действительности (недействительности) третейского (арбитражного) соглашения возникает и в контексте законодательных требований о необходимости конкретизации сторонами третейского соглашения тех материальных правоотношений, по поводу которых может возникнуть спор, передаваемый на разрешение третейского суда (п. 2 ст. 5 Закона о третейских судах).

По поводу целесообразности введения этой нормы в литературе высказывались различные суждения. Так, например, М.А. Попов полагает, что "такая норма ставит под сомнение полномочия третейских судов при биржах и различных ассоциациях, поскольку регламенты таких организаций, как правило, предусматривают передачу всех споров между их участниками в специализированные третейские суды" <1>. Третейское соглашение, в котором не содержится указание на конкретные материальные правоотношения, признается недействительным. Это, в свою очередь, препятствует реализации положений вышеуказанных регламентов, которые предписывают участникам этих добровольных объединений принимать на себя обязательства передавать разрешение всех гипотетических споров, которые могут возникнуть между участниками этих объединений, на разрешение третейского суда, созданного такой организацией. По мнению М.А. Попова, подобного рода нормы необоснованно ограничивают сферу применения арбитражного соглашения и дают ответчику основания для оспаривания компетенции третейского суда <2>.

<1> Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: Автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 2002. С. 19.

<2> Там же.

Подобный подход к требованиям о степени конкретизации материальных правоотношений, передаваемых на разрешение третейского суда, уже имел воплощение в российском (советском) законодательстве. Так, согласно ст. 2 Положения о третейском суде от 16 октября 1924 г. "третейский суд организуется по особому всякий раз соглашению всех участников спора, по этому договору о разборе третейским судом всех вообще или всех определенного рода могущих возникнуть впредь споров не лишает лиц, заключивших такой договор, права обращения к подлежащему суду, согласно общих правил Гражданского процессуального кодекса". Комментируя эту норму, И.Л. Брауде писал: "...для организации третейского суда необходимо соглашение спорящих сторон, конкретизирующее возникший между ними спор. Соглашение не может касаться споров, определенных родовыми признаками. Недействительно поэтому условие договора, предусматривающее рассмотрение споров, могущих возникнуть в связи с этим договором. Недействительно и соглашение о разборе третейским судом споров, могущих возникнуть в связи с толкованием какого-либо определенного пункта договора. Соглашение возможно лишь в отношении конкретного спора, уже возникшего между сторонами. Будущие споры, хотя бы они и были конкретизированы (например, спор о скидке за излишнюю влажность поставляемого зерна), не могут быть передаваемы на разрешение третейского суда" <1>.

<1> Брауде И.Л. Третейские суды. Комментарий к главе XXII Гражданского процессуального кодекса и Положению о третейском суде. С. 13 - 14.

В современной юридической литературе указывается на то, что "необходимость указания в арбитражном соглашении конкретных правоотношений, которые могут быть предметом разбирательства в третейском суде, связана с обеспечением процессуальных гарантий защиты гражданских прав. Например, попытка передать в третейский суд любые споры между сторонами или споры все "вообще" может быть квалифицирована как "отказ от обращения в суд", который согласно закону недействителен" <1>.

<1> Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 12.

К этому можно добавить, что соглашение о передаче всех вообще споров между двумя субъектами, не имеющее необходимую степень конкретизации, парализует их возможность прибегнуть к государственным институтам защиты права, что недопустимо с точки зрения обеспечения правопорядка в государстве. Поэтому обращение к третейскому суду может быть только по поводу конкретных материальных правоотношений, которые либо уже являются спорными, либо спор по поводу которых может возникнуть в будущем. Таким образом, высказанный М.А. Поповым тезис о том, что "заранее невозможно определить правоотношение, которое послужило предметом спора" <1>, является аргументом не в пользу его суждений, а против них.

<1> Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов. С. 19.

Глава IV. СОГЛАШЕНИЕ О ПРИМИРИТЕЛЬНОЙ ПРОЦЕДУРЕ

Первая часть настоящей главы посвящена такому явлению, как примирительная процедура, тогда как вторая - собственно соглашению о примирительной процедуре. Это объясняется тем, что рассмотрение названного соглашения невозможно без обращения к анализу отдельных аспектов примирительных процедур. Исходить же из посылки, что большинству читателей знакома проблематика примирительных процедур, означало бы выдавать желаемое за действительное. Даже в тех странах, где имеется законодательство о примирительных процедурах, а само примирение называется обычным явлением, на практике оно вызывает немало вопросов и проблем; в России же примирительные процедуры только начинают этап восстановления (или, если угодно, становления), что позволяет говорить об актуальности этой темы.

1. Понятие примирительной процедуры

1.1. Существо примирительной процедуры

Возникновение между частными лицами конфликтов и различного рода недоразумений - факт, к сожалению, достаточно распространенный. И в этом случае стороны, доселе состоящие в конструктивных гражданско-правовых отношениях, переходят в категорию "спорящие стороны", а сами их отношения обременяются существованием спора.

Не углубляясь в сущность понятия "спор", хотелось бы отметить существование большого количества их разновидностей. Для целей настоящей работы представляется значимым упомянуть спор о праве и спор по факту <1>.

<1> Позиция автора настоящей главы подробно изложена в работе: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 30 - 40; Она же. Понятие спора о праве гражданском // Журнал российского права. 2005. N 4. С. 98 - 102.

Спор о праве (правовой спор) представляет собой формально признанное разногласие между сторонами, возникшее по факту нарушения или оспаривания субъективных прав одной стороны гражданского отношения другой стороной и требующее урегулирования самими сторонами или разрешения его судом. Спор по факту - разногласие сторон в выводах о наличии какого-либо обстоятельства (факта) либо его оценке (такие споры возникают при оценке оборудования, спроектированного одной из сторон, при выявлении объема или самого факта предоставленных по договору услуг, при оценке соответствия фактических условий поставки товара требованиям контракта); эта разновидность спора не подразумевает под собой нарушения прав одной из сторон правоотношения, но данный спор легко перерастает в спор о праве.

Если этот возникший спор представляет собой правовой спор (спор о праве), то существует несколько путей его ликвидации.

1. Разрешение правового спора в государственном судебном органе - суде общей юрисдикции или арбитражном суде - это один из путей ликвидации правового спора, прямо закрепленный в действующем отечественном законодательстве. В российской действительности это наиболее распространенный способ разрешения правовых споров, который весьма широко (хотя и не всегда успешно) используется сторонами спора.

Любой государственный суд олицетворяет собой судебную власть - отправляет правосудие; деятельность государственных судов осуществляется именем Российской Федерации, т.е. все решения государственных суды как носители государственной (судебной) власти выносятся от имени Российской Федерации. Выносимые по результатам рассмотрения споров судебные решения после вступления их в законную силу становятся общеобязательными (т.е. признаются обязательными для исполнения всеми лицами на территории Российской Федерации), что, впрочем, не лишает участвующих в деле лиц права обжаловать их. В том случае, если вынесенное государственным судом решение не исполняется должником добровольно, он может быть принужден к исполнению этого решения специально созданным органом - службой судебных приставов.

Всякий государственный суд является государственным органом, поэтому деятельность этих судов по разрешению споров весьма подробно урегулирована в процессуальных кодексах - АПК РФ, ГПК РФ. Арбитражное процессуальное и гражданское процессуальное законодательство регламентирует отношения участвующих в деле лиц с соответствующим государственным судом, чем и отличается от материального законодательства и, в частности, от гражданского права, которое регламентирует отношения между частными лицами в сфере гражданского оборота. Иными словами, процессуальное право представляет собой систему юридических норм, регулирующих деятельность прежде всего государственного суда, а также участвующих в деле лиц, возникающую при разбирательстве споров, переданных на рассмотрение в этот суд.

2. Разрешение правового спора в арбитраже (третейском суде) - это другая возможность разрешения спора, прямо предусмотренная, в частности, ст. 11 ГК РФ. Эта статья, закрепляя судебный порядок защиты нарушенных или оспоренных гражданских прав, называет не только государственные суды (суд общей юрисдикции и арбитражный суд), но и суд негосударственный - третейский суд. Обращение в арбитраж или, как его обычно именуют в российской юридической литературе, третейский суд <1> на сегодняшний день признается достаточно распространенным способом разрешения споров.

<1> Бросающуюся в глаза схожесть в наименованиях "арбитражный суд" и "арбитраж" (при том, что между ними существуют принципиальные различия) можно объяснить следующим. Система арбитражных судов возникла на "руинах" системы государственного арбитража - весьма своеобразного вида государственных органов, совмещающих в себе одновременно квазисудебные и управленческие функции и предназначенных для разрешения хозяйственных споров между социалистическими предприятиями. В период, когда началась реформа государственных арбитражей и построение на их месте системы полноценных государственных судов, которые будут разрешать споры, возникающие в предпринимательской и иной экономической

деятельности, отечественные и зарубежные правоведы указывали на недопустимость наименования новой ветви судебной власти - государственных судов - судами "арбитражными". При этом указывалось, что в подавляющем большинстве стран термином "арбитраж" принято обозначать третейский суд - суд негосударственный, не входящий в судебную систему государства. К сожалению, несмотря на многочисленную критику этого наименования государственного суда, оно не было заменено и вошло в законодательство, став для российских юристов привычным. Однако это название государственных судов, рассматривающих коммерческие споры, до сих пор порождает курьезы. Например, в одной из работ проводился сопоставительный анализ английского законодательства об арбитраже с арбитражным процессуальным законодательством России (см.: Воробьев А.А., Воробьев А.Б. Арбитражный суд в Лондоне. М., 2000), в другой арбитражные суды рассматриваются как "феномен государственного арбитража", который, к недоумению автора, входит в судебную систему Российской Федерации (см.: Мата О.В. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражных судах. М.: Права человека, 2004. С. 8).

Арбитраж (третейский суд) - это суд, который не входит в систему государственных судов. Более того, являясь альтернативой государственному судебному разбирательству, многочисленные арбитражи (третейские суды) вообще не образуют какой-либо системы <1>. Поскольку арбитражи (третейские суды) не входят в судебную систему Российской Федерации, они, соответственно, не вправе отправлять правосудие, полномочиями по осуществлению которого наделены только государственные суды.

<1> Согласно ст. 3 Закона о третейских судах постоянно действующие третейские суды образуются торгово-промышленными палатами, биржами, общественными объединениями предпринимателей и потребителей, иными организациями - юридическими лицами и их объединениями (ассоциациями, союзами) и действуют при этих организациях - юридических лицах.

Указанное, однако, нисколько не ограничивает полномочия арбитража (третейского суда) по разрешению споров, переданных на его рассмотрение в соответствии с требованиями Закона о международном коммерческом арбитраже и Закона о третейских судах, поскольку арбитражи являются полноценными судебными органами, созданными на основании закона и уполномоченными государством на разрешение гражданско-правовых споров. Более того, любое ограничение лиц в возможности обращения к арбитражу (третейскому суду) не будет соответствовать конституционным положениям о праве на судебную защиту гражданских прав (ст. 46 Конституции РФ).

Представляется важным подчеркнуть именно то обстоятельство, что сами спорящие стороны обладают правом выбора суда - государственного или третейского, который будет рассматривать их юридическое дело, т.е. стороны вправе избрать суд, в который они обратятся за разрешением спора. Если они договорятся, что спор между ними будет рассматриваться и разрешаться в арбитраже, они заключают арбитражное (третейское) соглашение (о нем говорится в главе, написанной О.Ю. Скворцовым), и в этом случае, будучи связанными этим соглашением, они могут обратиться за разрешением спора только в арбитраж (третейский суд).

Поскольку арбитраж (третейский суд) не является государственным судом, он не может выносить судебные решения от имени Российской Федерации. Выносимое им решение - это решение негосударственного суда, которое является обязательным только для сторон третейского разбирательства (ст. 31 Закона о международном коммерческом арбитраже, ст. 31 Закона о третейских судах). Однако надо заметить, что стороны, заключая арбитражное (третейское) соглашение, тем самым принимают на себя обязанность добровольно исполнить решение арбитража. А при отсутствии добровольного исполнения со стороны должника взыскатель вправе обратиться в государственный суд за содействием в принуждении неисправного должника к исполнению этого решения <1>.

<1> Для реализации этого, в частности, в АПК РФ (§ 2 гл. 30) предусмотрено специальное производство - производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

К законодательству, регламентирующему порядок разбирательства споров в арбитраже (третейском суде), а также порядок его образования, исполнения решений и проч., в первую очередь относятся два основных акта: для международных коммерческих арбитражей - Закон о международном коммерческом арбитраже, для внутренних третейских судов - Закон о третейских судах. Безусловно, названные Законы очень обще (даже схематично) определяют порядок деятельности арбитража (третейского суда), т.е. процедура третейского разбирательства не

регламентирована многочисленными процессуальными правилами, как это имеет место в АПК РФ и ГПК РФ. Однако более подробный порядок третейского разбирательства обычно устанавливается регламентом конкретного арбитража (третейского суда), а кроме того, процедура третейского разбирательства допускает установление сторонами некоторых правил разбирательства спора в арбитражном (третейском) соглашении.

3. Примирение сторон - это третий путь к ликвидации спора, который и является предметом рассмотрения в настоящей главе. При положительном результате проведения примирительной процедуры спор будет не разрешен (как это имеет место в двух предыдущих случаях), но урегулирован. Различия между этими разновидностями ликвидации спора состоят в следующем.

Разрешение спора - это властное действие лица, наделенного полномочиями выносить решение, обязательное для сторон спора (или общеобязательное, если это государственный суд). Судья государственного суда или арбитража (третейского суда) разрешает спор, будучи над сторонами, выступая в качестве лица, наделенного полномочиями установить правоту одной из сторон.

Совсем иную природу имеет урегулирование спора, которое предусматривает не вынесение решения, в котором определяется правый и неправый, а достижение сторонами спора взаимовыгодного, компромиссного соглашения, удовлетворяющего обе спорящие стороны. Важным является то, что это результат деятельности равноправных лиц - самих участников спора, а также то, что урегулирование спора может достигаться как непосредственно самими сторонами путем переговоров, так и с помощью иных лиц - примирителей (посредников, медиаторов).

Таким образом, примирение сторон - это путь, ведущий к ликвидации спора путем его урегулирования самими спорящими сторонами. При этом таким путем могут быть ликвидированы не только правовой спор (спор о праве) или правовая неопределенность, но и упоминаемый в начале работы спор по факту либо производственный, технологический или иной конфликт.

Примирение есть процедура, которая имеет целью сглаживание и ликвидацию конфликтной ситуации. В отличие от процедуры разрешения спора, цель которой состоит в выявлении правой и неправой стороны и вынесении решения на основании норм права, всякая примирительная процедура нацелена на устранение противоречий между сторонами, сближение позиций сторон и достижение взаимоприемлемого выхода из сложившейся ситуации (часто вовсе без оценки позиций сторон), сохранение или восстановление конструктивных отношений между спорящими сторонами.

В принципе любая примирительная процедура основывается на переговорах самих сторон, по итогам которых стороны сами определяют судьбу спора между ними: будут ли они продолжать спорить, доказывая свою правоту в суде, либо найдут удовлетворяющий их компромиссный вариант. И здесь надо подчеркнуть, что абсолютно неправы авторы, говорящие о противности российскому менталитету всех без исключения процедур примирения <1>.

<1> Еще в Судебнике Ивана III возможность примирения сторон закреплялась, в частности, в ст. 52. В литературе описывался случай, когда завершался процесс и оставался только доклад, "стороны захотели помириться, не ездя к докладу, и вместо суда и доклада урядились рядом" (Судебники XV - XVI веков / Под общ. ред. Б.Д. Грекова. М.-Л.: Изд-во Академии наук СССР, 1952. С. 87 - 88). Позднее российское законодательство прямо определяло примирительную процедуру. Так, в соответствии со ст. 211 Устава судопроизводства торгового 1887 г. суд обязан был предложить спорящим сторонам окончить спор посредством примирительных процедур, которые осуществлял суд. Если стороны соглашались, то суд предоставлял им право избрать из его состава одного или двух примирителей, обязанности которых состояли в следующем: они были обязаны выслушать стороны, представить им законы, на основании которых дело могло быть разрешено, а затем сообщить свое мнение о том, каким образом можно данный спор урегулировать (см.: Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань: Тип. губернского правления, 1890. С. 64 - 65).

В подавляющем большинстве договоров, заключаемых российскими юридическими лицами и гражданами, содержится положение о том, что в случае возникновения спора стороны договариваются урегулировать возникший спор посредством переговоров, и только при безуспешности этого предприятия обратятся в суд за разрешением этого спора (другим, менее распространенным, но столь же известным примером является претензионный порядок урегулирования споров). Это положение, по сути, есть простейшая оговорка о примирительной процедуре. И реализация этого положения - переговоры спорящих сторон с целью прекратить имеющий место спор и тем самым защитить принадлежащие им субъективные права - и есть, собственно, сама примирительная процедура, осуществляемая спорящими сторонами (другое дело, что она может завершиться урегулированием спора, а может окончиться и безрезультатно).

Например, при возникновении правового спора руководители обоих конфликтующих организаций могут в ходе совместных переговоров заслушать юристов (с обеих сторон). Таким

образом, руководство получит более полную и объективную картину имеющейся проблемы, что может способствовать нахождению взаимоприемлемого выхода из нее.

Итак, примирительная процедура осуществляется самими спорящими сторонами.

Но, как уже было сказано выше, сегодня все большее распространение получает урегулирование споров при помощи привлечения иных (сторонних) лиц - примирителей (посредников, медиаторов). Важно подчеркнуть, что такая примирительная процедура (осуществляемая с помощью примирителей (посредников, медиаторов)) - это одна из разновидностей примирительных процедур <1>. Об этой разновидности примирительной процедуры будет подробнее сказано далее. Здесь же необходимо подчеркнуть, что в отличие от деятельности по разрешению споров, осуществляемой судьями, деятельность примирителей (посредников, медиаторов), направленная на содействие урегулированию спора между спорящими сторонами, бесспорно, является деятельностью по оказанию спорящим сторонам услуг.

<1> Подтверждение этому утверждению можно найти, например, в работе Эрве Клер, где говорится о том, что примирительная процедура есть "процесс продвижения вперед в целях нахождения решения, ВОЗМОЖНО, НО НЕ ОБЯЗАТЕЛЬНО С УЧАСТИЕМ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА (выделено мной. - М.Р.)" (Клер Э. Нотариат и медиация // Нотариат за рубежом: позитивный опыт / Центр нотариальных исследований: Материалы и статьи. Вып. 7. СПб.: Изд. юрид. ф-та СПбГУ, 2006. С. 179).

Вследствие сказанного примиритель (посредник, медиатор) - это частное лицо, не обладающее полномочиями выносить обязательные для сторон решения, к помощи которого обращаются стороны с целью урегулировать возникший между ними конфликт и которое оказывает сторонам соответствующие услуги (обычно возмездные).

1.2. Примирение в зарубежном законодательстве и международном частном праве

Предложенный американской правовой доктриной термин "Alternative Dispute Resolution" (как правило, обозначаемый аббревиатурой ADR) получил достаточно широкое распространение и перестал рассматриваться как экзотический. Им обозначаются различного рода процедуры, которые представляют собой альтернативу государственному правосудию, т.е. деятельности государственных судов по разрешению правовых споров. В качестве разновидностей ADR, в частности, рассматривают независимую экспертизу, арбитраж (третейское разбирательство), мини-суд, переговоры (медиацию), упрощенный суд, омбудсменство и проч. Однако все охватываемые данным понятием процедуры можно разделить на два основных вида:

1) арбитраж <1>;

<1> Термин "арбитраж" используют в нескольких значениях, обозначая им (1) орган, созданный для рассмотрения споров, - суд и (2) собственно процедуру разрешения споров.

2) примирение.

Таким образом, понятие ADR включает в себя не только процедуры разрешения правовых споров в арбитраже, но и примирительные процедуры, которые предусматривают урегулирование спора самими сторонами (самостоятельно либо с привлечением примирителя).

В связи со сказанным технический (дословный) перевод на русский язык термина "Alternative Dispute Resolution" как "альтернативное разрешение споров" (обозначаемый в отечественной литературе соответственно аббревиатурой АРС) явно неточен для использования в российском праве, поскольку им не могут охватываться процедуры, которые предусматривают не разрешение споров, а их урегулирование (т.е. примирительные процедуры). Употребление же в отечественной юридической литературе этого заимствования препятствует уяснению сущности и преимуществ ADR, создавая тем самым препятствия для целей, которые ставят перед собой апологеты примирительных процедур.

Представляется, что, поскольку понятием ADR охватываются как процедуры разрешения споров, так и процедуры урегулирования, аналог ADR в российском праве мог бы именоваться как "внегосударственное разрешение и урегулирование споров" <1> либо "альтернативное разрешение и урегулирование споров" (что, бесспорно, текстуально ближе к используемому сейчас обозначению рассматриваемых процедур). Поскольку нет причин углубляться в полемику по поводу терминологического обозначения этих (альтернативных) процедур, далее в настоящей работе они будут называться "альтернативное разрешение и урегулирование споров" (без употребления аббревиатуры, использование которой нехарактерно для российского права).

<1> Предложение этого обозначения объясняется тем, что далеко не во всех случаях процедуры, предусматривающие урегулирование спора, представляют собой альтернативу государственному правосудию. Напротив, во многих случаях эти процедуры могут соседствовать с государственным судебным разбирательством, являясь предпосылкой к динамике судебного процесса в государственном суде. Тут же хотелось бы отметить, что предложение этого обозначения высказывалось в кн.: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 12. Впоследствии в работах других авторов это предложение было искажено и указывалось на то, что к использованию был предложен термин "внегосударственное разрешение споров и урегулирование конфликтов". Хотелось бы верить, что обнаруженное искажение точки зрения автора настоящей главы является не более чем недоразумением.

Как уже было сказано выше, альтернативное разрешение и урегулирование споров объединяют ряд процедур, которые имеют целью ликвидировать спор или иную неопределенность, существующую между сторонами, без обращения в государственный суд. Причем на сегодняшний день значение этих процедур в иностранных правопорядках признается настолько высоким, что они иногда называются надлежащими, тогда как разрешение спора государственным судом - альтернативным <1>.

<1> Выступая на семинаре, проводимом в рамках проекта ЕС "Содействие системе арбитражных судов Российской Федерации", John Eames, член суда апелляционной инстанции Трибунала по вопросам иммиграции, подчеркнул, что значение внесудебного урегулирования споров настолько возросло, что аббревиатуру ADR теперь нередко расшифровывают не как "Alternative Dispute Resolution" (альтернативное разрешение спора), а как "Appropriate Dispute Resolution" (надлежащее разрешение спора) и в этих условиях именно судебное разрешение спора рассматривается в качестве альтернативного.

Ограничение объемов настоящей работы позволяет изложить вопрос правового регулирования примирительных процедур в зарубежных правопорядках лишь конспективно <1>.

<1> Среди работ, посвященных тематике примирения в праве иностранных государств, см., например: Нельсон Р.М. Мировые достижения в области разрешения конфликтов // Третейский суд. 2000. N 5, 6; Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: Автореф. дис. ... д.ю.н. Воронеж, 2001; Давыденко Д.Л. Европейский союз закладывает основы развития примирительных процедур // Закон. 2003. N 12; Посредничество по-американски // Закон. 2003. N 12; Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России // Арбитражная практика. 2004. N 1; Подольская Н., Михальченкова В. Новый Федеральный закон Австрии "О посредничестве по гражданским делам" // Третейский суд. 2004. N 4. С. 33 - 44; Марк Ю. Какую форму урегулирования споров выбрать в Германии // Третейский суд. 2004. N 4. С. 72 - 80; Кузбагаров А., Загайнова С. Об использовании примирительных процедур при осуществлении правосудия по спорам частноправового характера // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 2; Богатина Ю.Г. Альтернативные способы разрешения споров // Арбитражная практика. 2006. N 6.

В США разновидностей процедур альтернативного разрешения и урегулирования спора, называемых чудодейственным лекарством, способным вылечить юридическую систему, насчитывается несколько десятков. И поскольку регулирование этих процедур относится к компетенции штатов, существует более 2500 нормативных актов штатов, в которых так или иначе решаются эти вопросы.

Федеральными правилами гражданского процесса предусмотрено, что примирительная процедура может проводиться как судьями, так и иными лицами, назначаемыми судьей для проведения этих процедур. К лицам, которые могут быть назначены судом для проведения примирительной процедуры, относятся, в частности, судебные помощники, лица, избранные сторонами для проведения примирительной процедуры.

В 1998 г. был принят Закон об альтернативном разрешении споров (Alternative Dispute Resolution Act), согласно которому окружные суды США обязывались предлагать сторонам спора как минимум один из существующих способов альтернативного разрешения и урегулирования споров, причем рекомендовались такие, как посредничество, независимая экспертиза и арбитраж.

В 2001 г. был разработан и рекомендован для принятия в штатах Единый закон о посредничестве (Uniform Mediation Act), в котором нашло свое отражение последовательное разграничение деятельности посредника и арбитра - лиц, чья деятельность зачастую отождествляется, что выливается в признание за посредником (примирителем, медиатором) права принятия окончательного решения, обязательного для сторон. Данный Закон призван

окончательно разделить функции посредника, являющегося экспертом и дипломатом, и функции арбитра (судьи).

Согласно Единообразному закону посредник - это лицо, открыто объявляющее себя в качестве посредника (что является важным, поскольку не предусмотрено государственного лицензирования деятельности посредника). Посредничество определено как процесс, в ходе которого посредник обеспечивает коммуникацию и переговоры между сторонами с целью способствования достижению добровольного соглашения в отношении спора. Такое определение прямо противопоставляет посредничество арбитражу (посредник не имеет права на вынесение обязательного для сторон решения по спору), а также соглашению о фактах дела и правовому консультированию. Однако данным Законом допускается привлечение в ходе примирительных процедур адвокатов и иных лиц (специалистов, переводчиков и проч.).

Единообразный закон о посредничестве в значительной степени посвящен определению пределов конфиденциальности раскрытой сторонами в ходе процедуры примирения информации. В частности, в нем предусмотрено, что заявления и документы, раскрытые стороной в ходе процедуры примирения, могут использоваться в судебном разбирательстве без согласия этой стороны, только если:

- они в любом случае были бы раскрыты в ходе судебного разбирательства;
- содержат угрозу совершения преступления или необходимы для его предотвращения или раскрытия;
- подлежат публичному раскрытию в соответствии с законом;
- содержатся в письменном соглашении сторон;
- сделаны с целью обосновать или опровергнуть обвинение посредника или другой стороны в недобросовестности в ходе примирительной процедуры;
- нераскрытие информации, по мнению юрисдикционного органа, повлечет значительно более негативные последствия, чем ограничение конфиденциальности (если разбирательство связано с уголовным преступлением либо его предметом является требование из договора сторон, достигнутого в ходе примирительных процедур, а в каждом из этих случаев доказательство не может быть получено иным образом).

Во всех остальных случаях Единообразный закон предоставляет посреднику право сообщить суду только о том, имела ли место примирительная процедура между сторонами спора, завершена ли эта процедура и кто непосредственно в ней участвовал. В то же время, если стороны договорились о том, что примирительная процедура с участием посредника полностью либо в части не будет конфиденциальной, они не вправе ссылаться на изложенные положения Закона о конфиденциальности.

Немаловажным представляется отметить, что Единообразный закон о посредничестве применяется как к добровольным процедурам посредничества, так и к предписанным законом или судом. Однако данный Закон не применяется в отношении трудовых споров, споров между учащимися и воспитанниками коррекционных учреждений.

В Англии специального законодательства о примирительных процедурах, и в частности о посредничестве, не существует. Важно отметить, что и оговорки о примирительной процедуре - достаточно большая редкость в контрактах: стороны избирают примирительные процедуры уже после момента возникновения спора.

Вместе с тем примирительные процедуры широко распространены, и их проведение поощряется. Для этой цели Правила гражданского судопроизводства предусматривают право суда приостановить рассмотрение дела, чтобы стороны могли использовать возможность обращения к примирительной процедуре. При этом судьи вначале давали простую рекомендацию спорящим сторонам о необходимости обращения к примирительным процедурам, которая затем переросла в постановление суда с требованием к спорящим сторонами попытаться урегулировать спор вне суда.

В литературе примирительные процедуры характеризуются следующими свойствами.

Во-первых, добровольностью обращения спорящих сторон к использованию примирительной процедуры (при этом стороны на любом этапе могут прекратить примирительную процедуру). Однако сторона, необоснованно отказавшаяся от примирительной процедуры, может быть обязана судом к уплате штрафных судебных издержек за этот отказ.

Во-вторых, по общему правилу примирительные процедуры являются конфиденциальными.

В-третьих, результат примирительных процедур может иметь для них обязательную силу, если об этом договорились стороны.

К преимуществам примирительных процедур (перед разрешением спора в государственном суде) относят, в частности:

- оперативность;
- невысокие по сравнению с судебными расходами затраты;
- конфиденциальность;
- баланс прав и интересов сторон спора;

- широкий спектр возможных результатов проведения примирительных процедур;
- сохранение деловых отношений между сторонами;
- минимальные риски;
- результативность (в 80% случаев результат примирительных процедур - урегулирование спора).

Недостатками примирительных процедур признаются отсутствие гарантий того, что спор будет урегулирован (при том, что разрешение спора в государственном суде предусматривает обязанность судьи вынести решение по делу, т.е. окончание спора между сторонами гарантировано); создание проблем раскрытия информации и доказательств; отсутствие публичности для целей создания прецедента.

В Австралии примирительные процедуры упоминаются в Законе о суде, который предусматривает право судей предлагать спорящим сторонам возможность обращения к посреднику. Австралия весьма серьезно подходит к развитию процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров, подчеркивая формирование особой австралийской модели этих процедур, которая не предусматривает копирование американской или британской модели.

Однако при достаточно большом разнообразии согласительных процедур (и организаций, осуществляющих эти процедуры) подчеркивается, что в Австралии нет общепринятого определения понятий согласительных процедур, и "единственный документ, где они упоминаются, - это раздел 51 австралийской Конституции, которая наделяет Парламент властью вводить в действие законы, относящиеся к "согласительным процедурам и третейскому суду для предотвращения и урегулирования отраслевых споров, простирающихся за пределы одного штата" <1>.

<1> Нельсон Р.М. Указ. соч.

В Японии примирительные процедуры регулируются специальным законодательством (в частности, Законом о примирении по гражданским делам). Учитывая, что обращение в суд по традиции рассматривается как поведение, достойное порицания, примирительные процедуры широко распространены в Японии. Даже арбитраж по этой причине не столь популярен: считается "неприличным предвидеть заранее, что договор может породить спор и что в случае его возникновения он не может быть разрешен путем прямых, основанных на доброй воле контактов заинтересованных сторон" <1>.

<1> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Международные отношения, 1999. С. 376.

Используются как досудебные примирительные процедуры (прежде чем обратиться в суд, стороны для урегулирования конфликта ищут различного рода посредников), так и примирительные процедуры в период начавшегося судебного процесса. При этом на судью Гражданским процессуальным кодексом возложена обязанность постоянно стремиться к тому, чтобы подвести стороны к примирению.

Интересно, что примирительные процедуры, требующие обязательного присутствия спорящих сторон (или по крайней мере их представителей), нередко проводятся в вечернее время для облегчения такого присутствия. Более того, широко практикуются ночные слушания, как и ночная регистрация заявлений в органе, осуществляющем примирение.

В Австрии сравнительно недавно принят Закон о посредничестве по гражданским делам. Данным Законом учрежден Консультативный совет, который ведает вопросами посредничества.

Данный Закон направлен не столько на регулирование примирительных процедур, сколько на установление базы для развития посредничества. В нем, в частности, закреплены условия и процедура внесения в список образовательных организаций и курсов, после окончания которых лицо может быть зарегистрированным посредником (медиатором) по гражданским делам, ведение этого списка, права и обязанности зарегистрированных посредников, ответственность лиц за нарушение принципа конфиденциальности и неразглашения информации, характеризующих примирительные процедуры (лицо, нарушившее данные требования и нанесшее ущерб интересам какой-либо из сторон, карается лишением свободы сроком до шести месяцев или денежным штрафом в размере, достигающем одной годовой заработной платы лица).

Помимо сказанного в упомянутом Законе предусмотрена обязанность федерального министра юстиции вести Список посредников (медиаторов), в котором должны быть указаны имя и фамилия, дата рождения, должность посредника (медиатора), адрес места его работы, звание или ученая степень (указание профессии или профессий посредника (медиатора) вносится в Список, если он их указал). Для того чтобы быть включенным в Список, лицо должно: 1) достигнуть возраста 28 лет; 2) получить специальную квалификацию (профессиональная квалификация подразумевает знания и навыки посредничества на основании соответствующего образования, а

также знание основ права и психологии); 3) заслуживать доверия; 4) заключить договор страхования ответственности за причинение вреда вследствие исполняемой им профессиональной деятельности; 5) представить сведения о наличии помещения для осуществления посреднической деятельности. В том случае, если посредник не удовлетворяет названным требованиям, не повышает свою квалификацию или повторно нарушает свои обязанности после получения им предупреждения, он исключается из Списка.

Во Франции примирительные процедуры регулируются новым Гражданским процессуальным кодексом, содержащим значительное количество норм, определяющих саму примирительную процедуру (результат примирительных процедур - мировая сделка регулируется Гражданским кодексом, о чем будет сказано в гл. V настоящей книги).

Примечательно, что в ГПК Франции разграничиваются примирительные процедуры без участия примирителя (тит. VI) и примирительные процедуры с участием примирителя (тит. VI bis). Содействие примирению вменено в обязанность судьи (ст. 21), при этом судья вправе назначить третье лицо для заслушивания и выяснения взаимных претензий сторон, причем это может быть физическое лицо или организация (ст. 131-1, 131-4 тит. VI bis).

ГПК Франции устанавливает, что физическое лицо, выступающее в качестве примирителя, должно отвечать следующим требованиям (ст. 131-5):

- не иметь судимости, не быть лишенным дееспособности или прав, указанных в картотеке N 2 Реестра криминалистического учета (имеется в виду национальная картотека Реестра криминалистического учета осужденных, находящаяся в ведении Министерства юстиции Франции);

- не совершать действий, посягающих на честь, порядочность и добрые нравы, которые влекут дисциплинарную или административную ответственность в виде отстранения от исполнения обязанностей, увольнения с работы и т.п.;

- обладать с учетом настоящей или прошлой деятельности необходимой квалификацией применительно к характеру спора;

- доказать наличие в зависимости от обстоятельств соответствующего образования или опыта для осуществления данной деятельности;

- представить гарантии незаинтересованности, необходимой для осуществления примирения сторон.

Согласно ст. 131-6 ГПК Франции судебное постановление о примирительной процедуре должно содержать указание о согласии сторон на ее проведение, о назначении примирителя и о первоначальном сроке выполнения им поручения суда. Кроме того, в судебном постановлении указывается сумма аванса, уплачиваемая примирителю в счет вознаграждения (в пределах как можно более близких к предполагаемому его размеру).

В силу ст. 131-14 ГПК Франции без согласия сторон в последующем судебном процессе по этому спору (если стороны не смогли договориться и урегулировать спор) установленные примирителем данные и полученные им объяснения сторон предъявляться или использоваться в качестве обоснования по делу не могут. В процессе же по другому делу их использование вовсе не допускается.

Примирение сторон возможно на стадии, предшествующей судебному процессу. То есть стороны первоначально могут обратиться в суд с запросом о проведении предварительной примирительной процедуры (ст. 830 ГПК Франции). В этом случае примирение может быть осуществлено судьей или назначенным для этой цели судебным примирителем, как это предусматривает Декрет от 20 марта 1978 г. N 78-381.

Данным Декретом установлена должность судебного примирителя, который назначается на эту должность сроком на один год и деятельность которого осуществляется под контролем суда. Судебный примиритель должен иметь опыт работы юриста не менее трех лет, причем характер деятельности должен соответствовать особенностям спора. Согласно Декрету судебным примирителем не может быть лицо, ограниченное в гражданских или политических правах или имеющее полномочия должностного лица в округе апелляционного суда, при котором он осуществляет свои полномочия. Не могут занимать эту должность государственные должностные лица, лица, осуществляющие функции судьи или иным образом задействованные в отправлении правосудия.

Интересно, что вознаграждение примирителю устанавливается судом, причем бремя расходов на примирителя распределяется в соответствии с положениями Закона от 8 февраля 1995 г. N 95-125.

В Германии нет специального законодательства, регулирующего примирительные процедуры, однако абз. 1 § 278 Гражданского процессуального уложения (далее - ГПУ) Германии предусматривает, что во всяком положении дела суд должен стремиться к урегулированию правового спора или отдельных спорных вопросов. Абзац 2 того же параграфа предусматривает, что устному разбирательству в целях урегулирования спора предшествует примирительная процедура (если только она уже не состоялась либо представляется явно безнадежной). При этом

суд в рамках примирительной процедуры обсуждает со сторонами материальные и формальные обстоятельства дела, "свободно оценивая все обстоятельства".

Согласно абз. 5 § 278 ГПУ Германии суд может отослать спорящие стороны на примирительную процедуру к уполномоченному члену судебной коллегии либо судье, который будет выполнять это судебное поручение (т.е. судья может выступать в качестве примирителя сторон). Но суд может рекомендовать спорящим сторонам использовать примирительные процедуры вне суда <1>, что влечет за собой оставление производства без движения (§ 251 ГПУ Германии).

<1> Специально нужно отметить, что примирительные органы в Германии учреждаются или признаются управлением юстиции земли.

Признается, что немецкие судьи достаточно успешно способствуют заключению мировых сделок и многие организации не видят необходимости обращения к примирителю или мировому судье (обращение к которым влечет за собой дополнительные расходы). Неудачный исход переговоров между спорящими сторонами приводит их в суд за разрешением спора.

В Испании до пересмотра Гражданского процессуального кодекса (в 1984 г.) процедура досудебного урегулирования спора была обязательной. Теперь эта процедура не является обязательной и может быть проведена районным или мировым судьей. Причем на слушания каждая из сторон должна приходиться в сопровождении "хорошего, доброго человека", который будет побуждать стороны к заключению соглашения с целью избежать судебного разбирательства.

В Италии нормы о примирительных процедурах содержатся в Гражданском процессуальном кодексе. В нем, в частности, предусмотрено, что судья обязан оказывать сторонам содействие в примирении; примирительная процедура возможна на любой инстанции (кассационная инстанция не осуществляет примирения).

В то же время отдельные положения, касающиеся проведения примирительных процедур, закреплены и в иных законах. И наиболее важным в этой сфере признается Закон от 17 января 2003 г. N 5 "Реформа в области права обществ, финансового посредничества, а также банковского дела и кредита".

В силу упомянутого Закона, если стороны в договоре или во внутреннем регламенте корпорации предусмотрели примирительную процедуру, суд должен по инициативе заинтересованной стороны отложить рассмотрение дела на период проведения такой процедуры. При этом в случае, если стороны провели примирительную процедуру и, отказавшись от условий примирения, не урегулировали спор, а настаивают на его судебном разбирательстве, суд после вынесения решения распределяет судебные расходы с учетом тех условий примирения, от которых отказались стороны.

Согласно Закону от 17 января 2003 г. N 5 деятельность организаций, осуществляющих примирительные процедуры, возможна при условии их регистрации в Министерстве юстиции. В Законе определены максимальный и минимальный размеры выплат за услуги публичных организаций, осуществляющих примирительную процедуру, а также критерии расчета вознаграждения частных организаций.

Закон от 17 января 2003 г. N 5 предусматривает требования к проведению примирительной процедуры, к которым относятся конфиденциальность, независимость примирителя (медиатора), недопустимость использования информации, полученной в ходе проведения примирительной процедуры, в качестве доказательства в судебном процессе.

В Китае законодательство допускает проведение примирительных процедур. В частности, ст. 87 Гражданского процессуального кодекса Китая предусматривает правомочие суда пригласить соответствующую организацию или частное лицо для оказания содействия сторонам в достижении примирения.

В литературе отмечается своеобразие примирения в Китае, заключающееся в несоответствии западному пониманию посредничества: существует "много фактов, свидетельствующих о том, что в НРК посредник часто "давит" или даже принуждает стороны согласиться на предлагаемое решение. Тем не менее это очень популярный процесс" <1>.

<1> Нельсон Р.М. Указ. соч.

Итак, в одних странах примирительные процедуры дозволяются, в других - поощряются <1>.

<1> В гражданских процессуальных кодексах большинства зарубежных стран предусмотрено положение о важности содействия судьи в примирении сторон. Такое положение обнаруживается, в частности, в ст. 21 ГПК Франции, § 278 ГПУ Германии, ст. 410 bis ГПК Италии, ст. 17 гл. 42 Процессуального кодекса Швеции.

При этом следует еще раз подчеркнуть, что далеко не все иностранные государства имеют законодательство, регулирующее примирительные процедуры (правовое регулирование касается сроков проведения примирительных процедур и их общих характеристик (конфиденциальность, добровольность или обязательность, недопустимость использования информации), порядка избрания (назначения) примирителей (посредников, медиаторов) и размера вознаграждения за их услуги, необходимости регистрации организаций, оказывающих услуги в сфере примирительных процедур, и проч.). Но нужно отметить особо, что даже и там, где это законодательство существует, подобное урегулирование порядка проведения самих примирительных процедур обнаружить весьма сложно. Это, в первую очередь, объясняется значительным количеством разновидностей самих процедур, которых, как уже указывалось выше, насчитывается несколько десятков.

Немаловажно, что этап повышенного интереса к примирительным процедурам наблюдается не только на национальном уровне. В частности, Комитет министров Совета Европы уже неоднократно принимал рекомендации по этому поводу: в 1998 г. - о семейном посредничестве (Recommendation R (98) 1 on family mediation), в 1999 г. - о посредничестве в уголовных делах (Recommendation R (99) 19 on mediation in criminal matters), в 2001 г. - об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами (Recommendation R (2001) 9 on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties) и в 2002 г. - о посредничестве по гражданским делам (Recommendation R (2002) 10 on mediation in civil matters). Основной причиной недостаточного применения названных рекомендаций Комитета министров Совета Европы признается то, что они "относятся к нормам мягкого права и не являются юридически обязательными для государств-членов. Другим препятствием к широкому распространению рекомендаций являются слишком обширные формулировки принципов посредничества, закрепленные в рекомендациях" <1>.

<1> Блакитная О.С. Правовое регулирование процедуры посредничества на общеевропейском уровне // Третейский суд. 2007. N 3. С. 107 - 108.

Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2002 г. был принят Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ) <1>, серьезно отличающийся от рекомендаций Комитета министров Совета Европы, которые содержат только общие принципы проведения примирительных процедур, т.е. говорят о них в самой общей форме. Этот Типовой закон представляет собой свод положений, которые рекомендованы государствам для включения в их национальное право; его содержание исчерпывается 14 статьями. Поскольку текст Типового закона ЮНСИТРАЛ разработан с учетом практики применения согласительных процедур во многих странах, его использование в национальном праве различными государствами призвано способствовать единообразию правового регулирования в области согласительных процедур.

<1> На основе положений Типового закона о международном торговом арбитраже, принятого ЮНСИТРАЛ 21 июня 1985 г., был разработан и принят в 1993 г. упоминавшийся ранее Закон о международном коммерческом арбитраже. Интересно, что Типовой закон о международном арбитраже содержал положения, касающиеся примирительной процедуры, которые так и не были включены в Закон о международном коммерческом арбитраже.

Прежде всего, вероятно, надо отметить, что для целей Типового закона ЮНСИТРАЛ термином "согласительная процедура" обозначается процедура, "которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц ("примирителя" - "the conciliator") оказать им помощь в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними" (п. 3 ст. 1). Иными словами, согласительная процедура - это одна из разновидностей примирительных процедур, которая подразумевает ее осуществление с помощью третьего лица - примирителя. На примирительные процедуры, осуществление которых не предполагает привлечения третьего лица в качестве примирителя, действие данного Типового закона не распространяется.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ допускает его применение государствами в своем законодательстве для регламентации не только международной согласительной процедуры, но и внутренней (т.е. национальной) <1>. При этом Типовой закон может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным). Иными словами, подлежащий урегулированию с использованием согласительной процедуры спор может вытекать из любых отношений коммерческого характера, в том числе из любых торговых сделок на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторских

соглашений; коммерческого представительства или агентского соглашения; факторинга; лизинга; строительства промышленных объектов; предоставления консультативных услуг; инжиниринга; лицензирования; инвестирования; финансирования; банковских услуг; страхования; соглашений об эксплуатации или концессии; совместных предприятий и других форм промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом <2>.

<1> Для этой цели в прим. 1 к ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ указывается, что государства, желающие принять настоящий Типовой закон, с тем чтобы он применялся к внутренней, а также международной согласительной процедуре, могут: 1) исключить слово "международной" в п. 1 ст. 1; 2) исключить п. п. 4, 5, 6 ст. 1, определяющие случаи, когда согласительная процедура является международной.

<2> Примечание 2 к ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Из текста п. 3 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ следует, что под термином "примиритель" понимается лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение. Причем в силу ст. 12 Типового закона, если стороны не договорились об ином, примиритель не может выступать "в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением". И здесь же важно отметить, что п. 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ прямо закрепляет невозможность применения этого Типового закона к случаям, когда судья или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора. Таким образом, при разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ разграничивались содействие в примирении сторон, что традиционно относится к задачам судей, и деятельность по осуществлению согласительной процедуры, осуществляемая примирителем.

Согласно п. 7 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ стороны могут по своему усмотрению договариваться об исключении применения данного Закона. Статья 3 этого Типового закона устанавливает, что, за исключением положений ст. 2 (определяющей толкование настоящего Типового закона) и п. 3 ст. 6 (обязывающего примирителя стремиться к непредвзятости подхода по отношению к сторонам и учитывать при этом обстоятельства спора), стороны могут договориться об исключении или изменении любого из положений Типового закона. В п. 8 той же статьи говорится следующее: "С учетом положений пункта 9 настоящей статьи настоящий Закон применяется независимо от основы, на которой проводится согласительная процедура, включая соглашение между сторонами, достигнутое до или после возникновения спора, обязательство, установленное законом, или предписание или предложение суда, арбитража или компетентного государственного органа".

В силу ст. 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ согласительная процедура начинается в тот день, когда стороны спора соглашаются обратиться к этой процедуре. При этом неполучение стороной, предложившей обратиться к согласительной процедуре, ответа от другой стороны (в течение 30-дневного срока или срока, установленного в предложении) рассматривается как отказ от обращения к этой процедуре.

В примеч. 3 к ст. 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ указывается, что государства, которые могут пожелать принять положение о приостановлении течения сроков исковой давности, могут включить положение о том, что начало согласительной процедуры приостанавливает течение исковой давности в отношении требования, являющегося предметом этой процедуры. В этом случае рекомендуется включить и положение о том, что если согласительная процедура завершена без заключения мировой сделки, то течение срока исковой давности возобновляется с момента прекращения этой процедуры.

По общему правилу, если стороны не договорились об ином, назначается один примиритель (п. 1 ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ). При этом стороны могут назначить примирителя (примирителей) сами либо обратиться за содействием к соответствующему учреждению или лицу, которое может рекомендовать примирителя с учетом обстоятельств спора.

Согласно ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ стороны могут по своему усмотрению определить порядок проведения согласительной процедуры (например, посредством ссылки на какой-либо регламент). В отсутствие такой договоренности примиритель "может вести согласительную процедуру в таком порядке, какой он считает надлежащим, учитывая обстоятельства дела, любые пожелания, которые могут выразить стороны, и необходимость скорейшего урегулирования спора" (п. 2 ст. 6). При этом ст. 7 Типового закона устанавливает правило, в соответствии с которым примиритель может встречаться или поддерживать связь со сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности.

Статьи 8 - 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ посвящены принципу конфиденциальности (если стороны не договорятся об ином, сохраняется конфиденциальность всей информации,

относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мировой сделки), а также раскрытию информации и допустимости представления доказательств в других разбирательствах.

В соответствии со ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ согласительная процедура прекращается, если:

- 1) стороны урегулировали спор и заключили мировую сделку;
- 2) примиритель (после консультаций со сторонами) сделал заявление о том, что дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают;
- 3) стороны сделали заявление, адресовав его примирителю, о том, что согласительная процедура прекращается;
- 4) одна из сторон сделала заявление, направив его другой стороне (сторонам) и примирителю (если примиритель уже назначен), о том, что согласительная процедура прекращается.

Статья 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ предоставляет государствам, принимающим Типовой закон, возможность определения порядка приведения в исполнение мировых сделок, заключенных в результате проведения согласительной процедуры, и возможность придания им свойства обязательности <1>. То есть Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает типовых положений о мировой сделке, а устанавливает, что "государство, принимающее Типовой закон, включает описание порядка приведения в исполнение мировых сделок или указывает положения, регулирующие такое приведение в исполнение".

<1> Примечание 4 к ст. 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Таковы вкратце основные положения Типового закона ЮНСИТРАЛ.

1.3. Лица, осуществляющие примирение (примиритель, посредник, медиатор)

По рассмотрении основных положений Типового закона ЮНСИТРАЛ о согласительной процедуре представляется целесообразным некоторое внимание уделить субъекту, участвующему в согласительной процедуре, - примирителю, посреднику, медиатору.

Всякая примирительная процедура имеет задачей сглаживание конфликтной ситуации. То есть в отличие от процедуры арбитража, которая направлена на выявление правой и неправой стороны и разрешение спора, примирение нацелено на устранение противоречий между спорящими сторонами, сближение их позиций и выработку взаимоприемлемого выхода из сложившейся ситуации (часто вовсе без оценки позиций сторон), сохранение или восстановление конструктивных отношений между ними.

Поскольку любая примирительная процедура основывается на переговорах сторон (в различных вариациях), урегулировать возникший спор, заключив мировую сделку, стороны могут самостоятельно. Однако нередко противоречия между сторонами настолько серьезны, что требуется вмешательство стороннего лица, которое поможет им их преодолеть. И в этом случае осуществляется согласительная процедура - примирительная процедура, реализовываемая с привлечением стороннего лица (примирителя, посредника, медиатора).

Согласительная процедура (примирение, осуществляемое с помощью примирителя) определяется как "процесс, чаще всего формальный, посредством которого третье беспристрастное и компетентное лицо пытается за счет организации общения между сторонами позволить им сравнить их взаимные позиции и найти с его помощью приемлемое и прочное решение конфликту, который их противопоставляет" <1>. Эта процедура получает все большее распространение. Описывая преимущества согласительных процедур (по сравнению с судебным процессом), Г.О. Аболонин указывает следующие <2>:

<1> Клер Э. Указ. соч. С. 179.

<2> Аболонин Г.О. Посредничество при разрешении споров как альтернатива судебной тяжбе // Юрист. 2001. N 5. С. 37.

- 1) процедура обсуждения позиций сторон носит упрощенный характер;
- 2) посредник не выносит обязательного для сторон решения;
- 3) стороны оговаривают характер и размер своих расходов;
- 4) необходимость в раскрытии информации сторонами минимальна;
- 5) посредник помогает сторонам ознакомиться с позицией и интересами другой стороны спора;

6) обсуждение ведется в свободной манере, занимаемая позиция излагается сторонами неформально;

7) стороны сами определяют порядок проведения совещаний с посредником (совместно или раздельно);

8) результатом урегулирования спора с привлечением посредника является взаимовыгодная для сторон мировая сделка;

9) согласительная процедура эффективна и экономична, а небольшой риск связан лишь с невозможностью заключения мировой сделки;

10) все согласительные процедуры носят частный, конфиденциальный характер.

Несколько слов, вероятно, необходимо сказать в отношении терминов, используемых для обозначения лиц, осуществляющих согласительную процедуру: "примиритель", "посредник", "медиатор". В целом использование в юридической литературе этих терминов в качестве синонимов вполне допустимо, однако следует сделать некоторые замечания.

Используемый в литературе термин "медиатор" является буквальным воспроизведением английского "mediator", обозначающего "посредник, примиритель". В отношении допустимости использования этого иностранного слова в российском законодательстве Е.И. Носырева и И.А. Стернин пишут следующее: "В соответствии с Федеральным законом "О государственном языке Российской Федерации" от 1 июня 2005 г. <1> при использовании русского языка как государственного языка Российской Федерации не допускается использование слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка, за исключением иностранных слов, не имеющих общеупотребительных аналогов в русском языке (ст. 1). Отсюда следует, что иностранные слова не должны применяться при наличии соответствующего русскоязычного аналога" <2>. В развитие этого вывода данными авторами делается умозаключение о том, что в качестве аналогов английскому "mediator" в законодательстве следует использовать понятие "посредник" как отвечающее отечественным правовым традициям.

<1> Российская газета. 2005. 7 июня. С. 10.

<2> Носырева Е.И., Стернин И.А. "Посредничество" или "медиация": к вопросу о терминологии // Третейский суд. 2007. N 1. С. 10.

Между тем использование в отечественном законодательстве термина "посредник" требует известной осторожности, что объясняется следующим.

Термин "посредник" употребляется в действующем российском законодательстве в значении "лицо, при помощи которого осуществляется примирительная процедура". Так, в АПК РФ предусмотрено право обращения к посреднику с целью урегулирования спора, а в действующей редакции Закона РФ от 23 ноября 1995 г. "О порядке разрешения коллективных споров" упоминается рассмотрение трудового спора с участием посредника.

Однако понятие "посредник" используется и в ином значении: в российском гражданском праве под термином "посредник" понимается лицо, которое, действуя от собственного имени, но в интересах и за счет другого лица (клиента), по поручению последнего совершает двусторонние сделки или содействует клиенту в их совершении, за что получает вознаграждение <1>. Посредник, всегда действующий от собственного имени (что вытекает из смысла п. 2 ст. 182 ГК РФ), отличается от представителя, действующего от имени другого лица (представляемого). Как отмечает И.Н. Галушина, законодатель "в п. 2 ст. 182 ГК РФ не уточняет характер и содержание деятельности посредника как лица, действующего хотя и в чужих интересах, но от собственного имени... посреднику может быть поручено совершение одних только фактических действий особого рода, выражающихся, как правило, в поиске будущего контрагента, проведении предварительных переговоров, сведении сторон. Кроме того, посреднику может быть поручено совершение от собственного имени, но в интересах и за счет клиента юридических действий (сделок, а именно договоров)" <2>.

<1> А.В. Егоров говорит о том, что посредничеством нередко называют всю торговую деятельность, которая тем или иным образом связана с продвижением товаров, работ, услуг от производителя к потребителям (см.: Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2002. С. 11). И.Н. Галушина пишет, что посредническая деятельность ассоциируется в большинстве работ с торгово-закупочной деятельностью и рассматривается именно с этих позиций (см.: Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2006. С. 3).

<2> Галушина И.Н. Понятия представительства и посредничества в гражданском праве: сравнительно-правовой аспект // Журнал российского права. 2006. N 2. С. 145 - 146.

Таким образом, понятие "посредник" в отечественном праве допускает его использование по крайней мере в трех значениях:

- лицо, от собственного имени ведущее переговоры и содействующее в совершении сделок иным лицам <1>, т.е. лицо, осуществляющее лишь фактические действия: поиск контрагента, ведение переговоров, сведение сторон (в этом случае обязательство посредника может возникать из договора по возмездному оказанию услуг (маклерский договор));

<1> В дореволюционном праве к посредникам причислялись биржевые маклеры, торговые агенты, иногда комиссионеры, которые "сами сделок не заключают, но способствуют их заключению сближением контрагентов" (Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М.: Спарк, 1994. С. 99). После революции посредничество стало уголовно наказуемым деянием, и допускалась посредническая деятельность лишь небольшого числа специализированных организаций (торгово-посреднические конторы, снабженческо-сбытовые организации Госснаба СССР, подразделения Союзсельхозтехники).

- лицо, от собственного имени заключающее сделки в интересах и за счет клиентов, т.е. лицо, совершающее юридические действия (и здесь посредник действует в рамках договора комиссии, агентского договора и др.) <1>;

<1> См.: Галушина И.Н. Понятия представительства и посредничества в гражданском праве: сравнительно-правовой аспект. С. 146.

- лицо, руководящее примирительной процедурой между спорящими сторонами или участвующее в этой процедуре в качестве стороннего лица, помогающего сторонам урегулировать конфликт (соглашением сторон для осуществления функций посредника может быть избрано конкретное лицо, но исполнение этим лицом данных функций возможно только при его согласии, т.е. из соглашения спорящих сторон обязательство посредника не возникает).

Складываясь положение вещей вряд ли можно признать удачным, поскольку оно породит попытки подвести одно понятие под другое и создаст явную опасность применения норм права к отношениям, на которые они не распространяются.

С учетом сказанного более точным и менее опасным было бы обозначать в законодательстве лиц, руководящих примирительной процедурой или иным образом оказывающих помощь в примирении спорящих сторон, термином "примирители".

Понятием "примиритель" охватываются все субъекты, не являющиеся стороной спора и осуществляющие примирение спорящих сторон. Использование данного термина для обозначения лица, осуществляющего примирительную процедуру, представляется наиболее удачным и с лингвистической точки зрения: оно общепонятно и общеупотребительно, является наиболее точным. Кроме того, употребление термина "примиритель" является традиционным для обозначения лица, содействующего примирению сторон <1>.

<1> См., например: Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе.

Примечательно, что в зарубежных правовых системах примирители обозначаются различными терминами, но наиболее используемыми признаются два из них: "mediator" и "conciliator". Данные термины используются для обозначения правовых категорий, имеющих принципиальные различия <1>.

<1> Подробнее см., например: Турышева Н.В. Примирительные процедуры и мировое соглашение в гражданском процессе зарубежных стран // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 1996. N 3. С. 74 - 77; Белов А. Альтернативные способы разрешения внешнеэкономических споров // Право и экономика. 1998. N 6; Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России // Арбитражная практика. 2004. N 1. С. 92 - 96.

Под термином "mediator" (характерном в большей степени для США) понимается профессиональный примиритель, далеко не всегда имеющий юридическое образование, который работает в специализированной организации и оказывает свои услуги за определенный гонорар. Такой примиритель весьма активно ищет пути выхода из создавшегося положения, подыскивает и предлагает собственные варианты компромиссного решения, подготавливает проект соглашения, которое предлагается спорящим сторонам.

Термин же "conciliator" переводится как "миротворец, примиритель". Он характерен для стран с континентальной системой права и используется для обозначения более слабой формы примирительства - психологического компонента примирения, когда "третья сторона пытается создать атмосферу доверия и сотрудничества, способствуя переговорам" <1>. То есть "conciliator", как и "mediator", облегчает ход переговоров между сторонами, содействует их умиротворению и

помогает искать точки соприкосновения в позициях сторон, но в отличие от второго первый не может предлагать собственного варианта соглашения или иным образом направлять переговоры.

<1> Moore Ch.W. The Mediation Process. Practical strategies for resolving conflict. San-Francisco; L., 1987. Pr. X (цит. по: Турышева Н.В. Указ. соч. С. 77).

В любом случае деятельность примирителя требует прежде всего применения знаний и опыта практической психологии, иные же познания и навыки примирителя для целей успешного осуществления этой процедуры являются дополнительными и не всегда применяются. И проблемы стратегии и тактики ведения примирительных процедур (ведения переговоров) - это проблемы практической психологии, а не права, как пытаются представить некоторые авторы <1>: вопросы преодоления агрессии сторон, выбора сценария ведения переговоров и проч. никак не подпадают под правовое регулирование и с точки зрения права никакого интереса не представляют. Как художественный шедевр, в процессе его сотворения к праву имеющий весьма отдаленное отношение, в момент его создания сразу же порождает ряд правовых последствий, так и примирительная процедура, в период ее реального проведения не поддающаяся правовому регулированию, в момент ее окончания рассматривается как состоявшийся юридический факт.

<1> См.: Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: Дис. ... к.ю.н. Саранск, 2005. С. 88 - 91.

Таким образом, вовсе не обязательно, чтобы в роли примирителя выступал юрист. Напротив, в литературе, посвященной проведению согласительных процедур, нередко подчеркивается, что на некоторых стадиях согласительной процедуры присутствие юриста просто-таки вредно, поскольку оно может создать препятствия для сглаживания конфликта. Например, Д. Шапиро пишет следующее: "...юристы, которые, казалось бы, должны понимать существо посредничества, настаивают на том, чтобы у посредников, которые работают с их клиентами, был опыт в предмете спора, например, в области патентного права. Тем самым они показывают, что на самом деле они хотят кого-то, кто бы мог определить, кто прав и кто виноват под видом посредничества" <1>. Интересно, что подобная точка зрения высказывалась еще Вольтером, который писал о необходимости удаления адвокатов (или поверенных) из примирительной процедуры, сравнивая это с тем, как "отнимают дерево от огня, который желают потушить" <2>. (Хотя нельзя не признать, что на завершающем этапе примирительной процедуры - этапе заключения мировой сделки - присутствие юриста является весьма полезным.)

<1> Шапиро Д. Процесс посредничества // Третейский суд. 2004. N 3. С. 144.

<2> Цит. по: Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 26.

Таким образом, в зависимости от сложившейся ситуации привлекаться в качестве примирителей могут специалисты: как примирители - профессионалы, обладающие квалификацией в различных областях человеческой деятельности, так и лица, для которых деятельность примирителя случайна и осуществляется от случая к случаю. Например, в одной ситуации спорящим сторонам поможет заключение опытного специалиста в той сфере, в которой возник спор (например, специалиста в финансовой, технической или иной сфере). В другой ситуации, когда возник, например, правовой спор, будет необходима экспертная оценка юриста - авторитетного специалиста в конкретной области права, который может дать заключение в отношении правовых позиций сторон, их шансов на успех в случае судебного процесса. В третьем случае сторонам необходима помощь опытного психолога для сглаживания возникшего у каждой из сторон негативного представления о другой стороне, преодоления их враждебности для цели их дальнейшего сотрудничества и т.п.

Следовательно, круг лиц, которые вправе осуществлять примирение, весьма широк: это могут быть специалисты в технической сфере, юристы, психологи, экономисты, руководители компаний, частные лица и др. Действительно значимым является лишь то, чтобы привлекаемое в качестве примирителя стороннее лицо пользовалось у спорящих сторон авторитетом как профессионал; чтобы оно обладало необходимым опытом и знаниями (в некоторых случаях соответствующей специализацией); чтобы могло помочь сторонам ликвидировать возникший правовой спор (или иной конфликт) к их взаимному удовлетворению. Помимо этого ко всякому примирителю предъявляются требования незапятнанной личной и деловой репутации, независимости и беспристрастности при исполнении его примирительных функций.

Сегодня в России все большее распространение получают организации, специально создаваемые для оказания услуг в сфере проведения примирительных процедур: центры примирительных процедур, центры медиации, центры развития переговорных процессов, коллегии посредников и др. В этих организациях разрабатываются согласительные регламенты или

методики проведения примирительных процедур, составляются списки примирителей, нередко ведутся специализированные курсы, семинары или тренинги по обучению примирителей (с выдачей свидетельств или сертификатов).

Деятельность по осуществлению примирительных процедур осуществляют и арбитражи (третейские суды), которые также имеют специальный согласительный (примирительный) регламент. Ни Закон о международном коммерческом арбитраже, ни Закон о третейских судах не содержат ни одного положения о примирительной функции арбитров (судей арбитража). Но согласительная процедура может осуществляться специально избранными сторонами арбитрами-примирителями, если такая процедура: 1) предусмотрена согласительным (примирительным) регламентом соответствующего арбитража (третейского суда) либо 2) входит в качестве составной части в регламент арбитража (третейского суда) - так называемое согласительное производство в рамках арбитража. В любом из названных случаев арбитраж (третейский суд) осуществляет не разрешение спора, а согласительную процедуру, когда арбитр не вправе выносить обязательного для сторон решения. Таким образом, если спор передан в арбитраж для разрешения, арбитр (или состав арбитров) разрешают спор и выносят обязательное для сторон решение; если же спор передан сторонами для проведения согласительной процедуры, то арбитр-примиритель осуществляет согласительную процедуру и лишен права выносить обязательное для сторон решение.

Оказывать сторонам помощь в примирении может и любое дееспособное физическое лицо (не имеющее специальных свидетельств или сертификатов примирителя), если спорящие стороны приглашают его для проведения согласительной процедуры. Как указывалось выше, для осуществления данной деятельности необходимыми являются профессиональный авторитет примирителя, а также его практический опыт в проведении согласительных процедур (лишь иногда соответствующая сфере конфликта специализация).

Нет сомнений в том, что деятельность примирителей имеет серьезные отличия от деятельности по разрешению споров, осуществляемой государственными и третейскими судами (судопроизводства), которая, как обоснованно подчеркивает О.Ю. Скворцов, "не может быть интерпретирована в качестве предпринимательской деятельности вообще и деятельности по возмездному оказанию услуг в частности" <1>. Деятельность примирителей также не может рассматриваться как предпринимательская деятельность - самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ).

<1> Скворцов О.Ю. Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" (научно-практический). М.: Омега-Л, 2003. С. 71.

Целью деятельности примирителей является помощь спорящим сторонам в урегулировании споров, но не систематическое извлечение прибыли. Деятельность примирителей, предусматривающая ведение переговоров с каждой из сторон либо облегчение переговоров между сторонами, предложение взаимовыгодных решений, создание иных условий для цели нахождения сторонами взаимовыгодного выхода из создавшегося положения, не являясь предпринимательской, представляет собой не что иное, как оказание услуг (обычно возмездных). Это обстоятельство, безусловно, важно для целей налогообложения и для решения некоторых иных вопросов.

В то же время существует риск интерпретации деятельности примирителей как предпринимательской, одной из предпосылок чего может явиться повсеместно используемый сегодня для обозначения этой деятельности термин "посредничество". Это обусловлено тем, что понятие "посредничество" допускает его употребление в нескольких значениях (как и понятие "посредник", о чем говорилось выше), что дает основания для вывода о том, что посредническая деятельность может осуществляться и в качестве предпринимательской <1>. Можно заметить, что, например, в § 35 (1) Закона Австрии "О посредничестве по гражданским делам" закреплено специальное положение о том, что акт, регулирующий торговлю, коммерцию и производство BGBl N 194/194 от 1994 г., не применяется к деятельности медиаторов <2>.

<1> Интересно, что, подчеркнув многозначность слова "посредничество", которое может означать как содействие торговому соглашению между сторонами, так и содействие примирению спорящихся сторон, и отметив "общепонятность, древность происхождения, установившийся терминологический характер, обобщенность семантики слова, устоявшийся характер употребления как в юридической сфере, так и в сфере повседневного общения людей", Е.И. Носырева и И.А. Стернин находят его чрезвычайно удачным для введения в законодательство, регулирующее сферу примирительных процедур (Носырева Е.И., Стернин И.А. Указ. соч. С. 12).

<2> См.: Подольская Н., Михальченкова В. Новый Федеральный закон Австрии "О посредничестве по гражданским делам". С. 43.

Немало вопросов возникает в отношении квалификации деятельности организаций, оказывающих услуги в сфере проведения примирительных процедур (как организаций, специально созданных для этой цели, так и оказывающих подобные услуги наряду с осуществлением предпринимательской деятельности).

В развитие сказанного нельзя не выразить сожаления по поводу использования апологетами примирительных процедур предпринимательской терминологии. Так, на повестке дня коллегии посредников ставится вопрос о необходимости "вести работу среди представителей бизнес-сообщества и разъяснять преимущества такой примирительной процедуры - активно привлекать внимание КЛИЕНТОВ К ДАННОМУ ВИДУ УСЛУГ (выделено мной. - М.Р.)" <1>. В другом случае говорится о том, что "адвокаты, получившие право заниматься медиацией, могут приобрести серьезную выгоду, оказывая посреднические услуги. Ведь они получают деньги от обеих сторон, если, конечно, сумеют склонить их к согласию" <2>.

<1> Сидоров В.Д. Собрание членов Коллегии посредников по проведению примирительных процедур // Третейский суд. 2007. N 2. С. 161.

<2> Катанян К. Медиация приходит с Запада. Россиян научат договариваться, чтобы не доводить дело до суда // Политический журнал. 2005. N 8.

Несмотря на то обстоятельство, что деятельность примирителей не является предпринимательской, судьи, иные лица, занимающие государственные должности в Российской Федерации, и государственные служащие, которым запрещено заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной или творческой, не вправе осуществлять эту деятельность. Те же положения распространяются, в частности, и на судей в отставке, которые в соответствии с п. 3 ст. 3, п. 6 ст. 15 Федерального закона "О статусе судей в Российской Федерации" не вправе быть депутатами, третейскими судьями, арбитрами, принадлежать к политическим партиям и движениям, осуществлять предпринимательскую деятельность, а также другую оплачиваемую работу, кроме научной, преподавательской, литературной и иной творческой деятельности. Поскольку деятельность примирителей нельзя назвать научной, преподавательской, литературной и иной творческой, в силу действующего законодательства названные лица, по-видимому, не вправе выступать в качестве примирителей.

Вместе с тем действующее процессуальное законодательство прямо возлагает на судей обязанность принимать меры для примирения сторон. В связи с этим актуальным является вопрос о границах содействия судей государственного суда в примирении сторон.

Надо сказать, что и ранее действовавшим процессуальным законодательством допускалась возможность примирения сторон, однако идее окончания дела миром не придавалось значение положения концептуального характера. Хотя в п. 12 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 октября 1996 г. N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции" подчеркивались необходимость принятия арбитражным судом мер, направленных на примирение сторон, и обязанность суда содействовать окончанию спора между сторонами. Рекомендации об оказании сторонам содействия в достижении ими мирового соглашения содержатся и в некоторых постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам <1>.

<1> См., например, Постановления Президиума ВАС РФ от 26 мая 1998 г. N 465/98, N 466/98.

Сегодня, в частности, АПК РФ прямо закрепляет обязанность арбитражного суда по принятию мер для примирения сторон, содействию им в урегулировании спора (ч. 1 ст. 138), однако не определяет, каким конкретно образом суд должен способствовать примирению сторон.

Примечательно, что и дореволюционный Устав гражданского судопроизводства предусматривал обязанность склонения сторон к миру судьей (при единоличном рассмотрении дела) или председателем суда (при коллегиальном рассмотрении дела). Но допустимость "соединения в одном лице обязанностей судььи и примирителя" <1> вызывала серьезные возражения российских правоведов (Е.А. Нефедьев, Д. Азаревич).

<1> См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства (для студентов). М., 1909. С. 341.

Е.А. Нефедьев писал, что судья может лишь предложить сторонам окончить дело миром, не делая никакой попытки содействовать их примирению. По его мнению, судья вправе сказать примерно следующее: "Уговаривая вас окончить дело миром, я все могу (здесь опечатка, следует

читать: "я не могу". - М.Р.) объяснить вам, насколько каждый из вас, по моему мнению, рискует, ведя процесс; я не могу рассчитывать на то, чтобы вы откровенно объяснили мне истинные обстоятельства дела, а потому я знаком с ним только по тем доказательствам, которые вами представлены; я не могу поэтому указать вам условий примирения, которые соответствовали бы истинным обстоятельствам вашего дела и на которых могло бы действительно произойти соглашение между вами, тем не менее я советую вам окончить дело миром" <1>.

<1> Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 81.

К.И. Малышев считал неправильным предоставление сторонам возможности обжаловать отсутствие со стороны судьи предложения о примирении и требовать на этом основании отмены вынесенного решения <1>.

<1> См.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876. С. 403.

Думается, суждения Е.А. Нефедьева о том, что суд не должен выступать примирителем между сторонами, но обязан предпринять допускаемые процессуальным законодательством действия с целью содействия урегулированию спора, являются верными и сегодня. Они не утратили своей значимости и подтверждены статьей Типового закона ЮНСИТРАЛ, исключающей возможность применения его положений к процедуре в случаях, когда судья или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора (п. 9 ст. 1).

Изложенное не позволяет согласиться с умозаключением И. Захарьящевой, относящей к примирительным процедурам "действия арбитражного суда, имеющие своей целью содействие сторонам в урегулировании спора" <1>. И напротив, можно поддержать мнение авторов, утверждающих, что проявление судом инициативы в обсуждении условий будущего мирового соглашения, высказывание судом точки зрения относительно сильных и слабых сторон позиций спорящих, пояснения суда относительно обоснованности либо необоснованности исковых требований и т.д. могут повлечь за собой крайне неблагоприятные последствия <2>. Такие действия суда могут, в частности, вызвать сомнения в его беспристрастности или помешать свободному волеизъявлению сторон, что повлечет за собой заключение мирового соглашения под давлением суда.

<1> Захарьящева И. К вопросу об определении места мирового соглашения в системе примирительных процедур (в контексте арбитражного процесса) // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 1. С. 26.

<2> См., например: Глазырин В.Ф. Из практики применения мировых соглашений в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2000. N 3. С. 44.

Представляется, что содействие суда прекращению спора, урегулированию спора между спорящими сторонами должно проявляться прежде всего в разъяснении сторонам их права заключить мировое соглашение по спору, смысла заключения мирового соглашения и юридических последствий его заключения. Кроме того, суд должен разъяснить требования, предъявляемые законом к мировому соглашению, порядок его заключения и утверждения судом, возможности принудительного исполнения.

Вряд ли можно оспаривать вывод о том, что в тех случаях, когда сторонам требуется время для обсуждения условий мирового соглашения, допустимо объявить как перерыв по делу, так и отложение судебного разбирательства <1>. Таким образом, в качестве содействия в урегулировании спора можно рассматривать и отложение судом судебного разбирательства с целью предоставления сторонам времени для заключения мирового соглашения на основании ходатайства обеих сторон (ч. 2 ст. 158 АПК РФ) <2>, и перерыв для цели использования сторонами примирительных процедур <3>.

<1> Такое мнение высказано, например, в статье: Степанова О. Мировая сделка в суде второй инстанции // Социалистическая законность. 1961. N 9. С. 50.

<2> См., например, Постановления ФАС Поволжского округа от 16 января 2007 г. по делу N А72-1096/06-23/65, ФАС Западно-Сибирского округа от 1 февраля 2006 г. по делу N Ф04-9507/2005(18540-А70-24).

<3> См., например, Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 15 января 2007 г. по делу N Ф08-6649/2006, ФАС Волго-Вятского округа от 31 марта 2006 г. по делу N А43-28090/2005-41-197.

примирения в российском праве

Российское законодательство дореволюционного периода допускало примирительные процедуры и регулировало порядок "склонения сторон к миру". В частности, Устав гражданского судопроизводства 1864 г. содержал раздел "О примирительном разбирательстве" (кн. III "Изъятия из общего порядка гражданского судопроизводства"), ст. ст. 1357 - 1366 которого касались именно примирения сторон и заключения ими мировой сделки.

К.И. Малышев писал о том, что инициатива переговоров о примирении принадлежит как истцу, так и ответчику во всяком положении дела (ст. ст. 1357, 1358 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.), да и суд "склоняет тяжущихся к миру, наводит их на мысль о мировой сделке. Так, мировой судья на предварительном объяснении со сторонами, еще не приступая к разбору дела, предлагает им прекратить дело миром и указывает действительные, по его мнению, способы к тому (Уст. 70, 72 (ст. ст. 70, 72 Устава гражданского судопроизводства 1864 г.)). Он обязан при этом вникнуть в дело и не навязывать сторонам несправедливых условий примирения (X, 2, 1130, п. 3 (п. 3 ст. 1130 т. X Свода законов Российской империи)); он не имеет права грозить той или другой стороне решением дела против нее или вообще настаивать на примирении во что бы то ни стало; всякое моральное принуждение противно природе мировой сделки, которая должна основываться на свободном соглашении заинтересованных лиц. Меры для склонения тяжущихся к примирению он должен принимать и во время производства дела, и только в случае неуспеха приступает к постановлению решения (Уст. 70, 72)" <1>.

<1> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. С. 26.

Несмотря на то, что правила о примирении не признавались правоведами того времени совершенными и исчерпывающими, значимость самих примирительных процедур не подвергалась сомнению. В литературе подчеркивалось большое значение примирения не только для спорящих сторон, но и для государства. Например, Д.И. Азаревич писал, что мировая сделка "как нельзя более отвечает интересам государственной власти по установлению покоя и уверенности в гражданских правоотношениях, освобождая в то же время судебные установления от лишнего труда и ответственности по частным делам" <1>. При этом он подчеркивал важность мировой сделки, состоящую, по его мнению, в освобождении от строгих предписаний положительного права, обязательных для суда, которая также экономит время и расходы, а кроме того, способствует установлению мирных отношений между сторонами, тогда как судебный процесс оставляет за собой "раздражение, из которого легко плодятся новые споры" <2>.

<1> Азаревич Д. Судостроительство и судопроизводство по гражданским делам. Университетский курс. Т. 3: Судопроизводство. Варшава: Тип. Варшавского учебного округа, 1900. С. 94.

<2> Азаревич Д. Судостроительство и судопроизводство по гражданским делам. Университетский курс. Т. 3: Судопроизводство. С. 94.

Еще раньше, сравнивая примирение и судебный процесс, об этом писал Е.А. Нефедьев <1>. В частности, им отмечалось, что суд при вынесении решения по делу не может избирать способ удовлетворения требования: он связан исковыми требованиями и не может выйти за их пределы. В то же время весьма часто встречаются случаи, когда для удовлетворения интересов обеих сторон имеется иной (альтернативный) способ, им-то и могут воспользоваться сами стороны. Кроме того, подчеркивал ученый, ведя судебное дело, каждая из сторон рискует проиграть его по различным причинам: "от невозможности достать какой-либо документ, от того, что суд в данном вопросе держится взгляда, не выгодного для одной из сторон, даже от несоблюдения какого-либо срока и т.д." <2>. В случае проигрыша все последствия таких случайных обстоятельств ложатся на проигравшую сторону, тогда как при заключении мировой сделки последствия риска распределяются соразмерно тому, насколько для каждой из них было бы рискованно обращаться в суд.

<1> См.: Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 18 - 22.

<2> Там же. С. 20.

Помимо сказанного Е.А. Нефедьев указывал на то обстоятельство, что суд не обладает достаточными средствами, чтобы выяснить материальную истину, поскольку он знакомится с делом на основании объяснений и доказательств, которые представляются тяжущимися, а всю подоплеку дела знают только сами стороны гражданского правоотношения, им известно истинное положение вещей. Вследствие этого, как писал ученый, "суд не может достигать в своих решениях субъективной справедливости... Напротив того, стороны, хорошо зная истину в деле, знают и то,

как должны быть улажены их противоположные интересы согласно со справедливостью, если, конечно, вражда и другие обстоятельства, неблагоприятные для заключения мировой сделки, не затемняют их рассудок" <1>.

<1> Там же. С. 22.

Сегодня нормы российского законодательства в отношении регулирования альтернативного разрешения и урегулирования споров носят фрагментарный характер. Вернее, российское законодательство имеет в своем арсенале законы, регулирующие порядок создания арбитража (третейского суда) и его проведения (третейское разбирательство), - упоминавшиеся ранее Закон о международном коммерческом арбитраже и Закон о третейских судах. Что касается регулирования примирительных процедур, то можно говорить, что действующее отечественное законодательство скорее не поощряет, но допускает их использование.

Действительно, анализ российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что на сегодняшний день нельзя говорить о полном отсутствии правовых норм, регулирующих вопросы примирительных процедур, но порядок проведения этих процедур вовсе не урегулирован. По примеру большинства европейских стран, действующее российское законодательство, в частности:

- допускает проведение примирительных процедур (это положение прямо вытекает в том числе из ч. 3 ст. 133, ст. ст. 138, 190, 225 АПК РФ, ст. 401 Трудового кодекса РФ). При этом в случае заключения сторонами мирового соглашения предусмотрено возвращение истцу из федерального бюджета половины уплаченной им государственной пошлины (п. 3 ч. 7 ст. 141 АПК РФ; исключением из этого правила являются ситуации, когда мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта);

- для некоторых случаев предусматривает обязательную примирительную процедуру: претензионный порядок, если это установлено законом, является обязательным и его несоблюдение влечет за собой оставление искового заявления без рассмотрения <1>, а также иные негативные последствия. Например, обязательный претензионный порядок установлен для требований об изменении или расторжении договора <2> (п. 2 ст. 452 ГК РФ), требований, вытекающих из договора перевозки груза (ст. 797 ГК РФ; ст. 124 Воздушного кодекса РФ; ст. 403 Кодекса торгового мореплавания РФ и т.д.), требований, связанных с предоставлением услуг организации связи (ст. 55 Федерального закона "О связи"; ст. 37 Федерального закона "О почтовой связи") и др.;

<1> См., например, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11 сентября 2006 г. по делу N А11-15968/2005-К1-6/669.

<2> См. об этом: Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" (п. 60).

- допускает проведение примирительных процедур с участием примирителей (это прямо предусмотрено, например, п. 2 ч. 1 ст. 135, ст. 158 АПК РФ <1>; ст. 401 Трудового кодекса РФ, устанавливающих возможность обращения к посреднику);

<1> Надо сказать, что положения о примирительных процедурах с участием посредника планировалось ввести в АПК РФ 2002 г.: проект Кодекса содержал три статьи, регламентирующие задачи посредничества, полномочия посредника, порядок его назначения и т.д. Однако законодатель отказался от этой идеи, сохранив лишь правило о том, что стороны вправе обратиться за содействием к посреднику в целях урегулирования спора. В тот период в отношении правового регулирования посредничества высказывались диаметрально противоположные мнения. Например, М.С. Шакарян выражала серьезные сомнения в необходимости разработки и принятия закона о посредничестве (см.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. М.С. Шакарян. М.: ТК Велби; Проспект, 2003. С. 340). М.К. Юков, напротив, указывал на необходимость разработки такого закона (Юков М.К. АПК 2002 - будем жить по-новому // Коллегия. 2002. N 9. С. 10).

- содержит правило, согласно которому истец должен представлять сведения о соблюдении им претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, если он предусмотрен федеральным законом или договором; несоблюдение данного порядка истцом влечет за собой оставление искового заявления без рассмотрения (эти правила закреплены в п. 8 ч. 2 ст. 125, п. 2 ст. 148 АПК РФ);

- предусматривает отнесение судебных расходов на лицо, уклоняющееся от проведения досудебной примирительной процедуры (это прямо предусмотрено в ч. 1 ст. 111 АПК РФ: "В

случае, если спор возник вследствие нарушения лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного федеральным законом или договором, в том числе нарушения срока представления ответа на претензию, оставления претензии без ответа, арбитражный суд относит на это лицо судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела").

Существующее правовое регулирование примирительных процедур признается недостаточным. И все чаще звучат высказывания о важности законодательного определения альтернативных способов разрешения и урегулирования споров, о необходимости разработки специальных законов, определяющих принципы и регулирующих иные вопросы примирительных процедур, и даже о необходимости формирования перечня "допустимых или рекомендованных для использования способов АРС" <1>. В связи с этим хотелось бы сделать несколько замечаний.

<1> Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. N 12.

Первое. Как известно, в результате судебной реформы 1864 г. в России был введен институт мировой юстиции: низшим звеном судебной системы стал мировой суд. Перед создаваемыми мировыми судами ставились задачи примирения спорящих сторон, охраны общего порядка и спокойствия (что в целом и определяло их название).

Устав гражданского судопроизводства 1864 г. предусматривал, что мировой судья на основании соглашения сторон мог выполнять примирительные функции по правилам, установленным для третейского суда <1>. Иными словами, мировые судьи рассматривались как примирители, "назначение которых состоит лишь в том, чтобы при помощи своих познаний и посредством подачи тяжущимся советов прекращать в самом начале тяжбы, которые угрожают сторонам" <2>. В случае невыполнения мировым судьей обязанности по принятию мер для примирения спорящих сторон вышестоящий суд рассматривал это как существенное нарушение процессуальных норм, влекущих отмену вынесенного по делу судебного решения.

<1> Устав гражданского судопроизводства с разъяснениями Сената по 1903 г. включительно. Екатеринослав, 1904. С. 44. До этого по указу императрицы Екатерины Великой были созданы и существовали с 1775 по 1862 г. губернские совестные суды. К их полномочиям относилось рассмотрение в порядке примирительных процедур гражданских и некоторых уголовных дел (малолетние, невменяемые и т.п.), споров между родителями и детьми (изъятых из подведомственности обычных судов), а также иных споров (если об этом была достигнута договоренность сторон). Совестный суд разрабатывал условия для примирения сторон, привлекая иногда примирителей. Если примирение сторон не удавалось, стороны были вправе обратиться в обычный суд за разрешением спора.

<2> Voncenne. Introd. P. 297 (цит. по: Нефедьев Е.Н. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 31).

Сравнительно недавно в российском правопорядке институт мировой юстиции был восстановлен. Однако, как обоснованно отмечают А. Кузбагаров и С. Загайнова, "примирительную функцию мировой юстиции действующее законодательство особо не выделяет" <1>. В результате порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел у мировых судей происходит по общим правилам производства в районном суде общей юрисдикции. Деятельность же по содействию примирению сторон в лучшем случае ограничивается дежурным вопросом о том, не желают ли стороны окончить дело мировым соглашением.

<1> Кузбагаров А., Загайнова С. Об использовании примирительных процедур при осуществлении правосудия по спорам частного характера // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 2. С. 27.

То обстоятельство, что классическая цель мировых судей - примирение спорящих сторон - приобрела сегодня как будто вторичное значение, привело к утрате роли мировой юстиции как инстанции примирения, инстанции, первоочередная задача которой состоит именно в урегулировании, а не в разрешении спора. И таким образом, потенциал мировой юстиции не раскрыт. Думается, это положение нуждается в изменении.

Второе. Как уже было сказано выше, далеко не все иностранные государства обеспечены правовыми нормами, регулирующими примирительные процедуры, подробное регулирование примирительных процедур - это скорее исключение, но не правило. При этом многие страны, где примирительные процедуры получили широкое распространение, не принимали специального законодательства в этой области (например, Испания, Финляндия).

В то же время во многих европейских государствах идет активная законопроектная работа по урегулированию процессов альтернативного разрешения и урегулирования споров. И в этих условиях, думается, можно было бы поддержать разработку в России закона, посвященного определению общих положений, целей проведения процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров или их разновидности - примирительных процедур (в том числе претензионного порядка, независимой экспертизы, согласительной процедуры и др.) и их основных принципов: добровольности, конфиденциальности информации, раскрытой сторонами в ходе процедуры примирения, и проч. Принятие подобного базового закона дало бы импульс дальнейшему развитию процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров. Это, в свою очередь, способствовало бы более широкому использованию этих процедур на практике и повышению их эффективности, что также разгрузило бы судебную систему, перегруженную большим количеством все усложняющихся дел.

Третье. Вполне возможно, что отдельные разновидности примирительных процедур нуждаются в самостоятельном правовом регулировании - более подробном законодательном базисе, который послужит основой для создания примирительных регламентов (или их частного случая - согласительных регламентов). Таковым, по всей видимости, должен стать проект федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)" <1> (далее - законопроект).

<1> С текстом проекта федерального закона N 374014-4 "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)", доработанным и подготовленным для рассмотрения в первом чтении, можно ознакомиться по адресу: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf> (портал "Законодательная деятельность").

Инициированный Торгово-промышленной палатой РФ данный законопроект был основан на положениях рассмотренного ранее Типового закона ЮНСИТРАЛ, на что ранее прямо указывалось в ст. 1 законопроекта. Впоследствии данное указание из законопроекта было исключено, хотя многие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, учтенные законопроектом, сохранены в последнем <1>.

<1> Т.Е. Абова пишет о том, что ссылка в законопроекте на Типовой закон ЮНСИТРАЛ "делает сферу регулируемых отношений более привлекательной для иностранных партнеров" (Абова Т.Е. Заключение на проект Федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)" // Третейский суд. 2007. N 2. С. 14 - 15).

В тексте законопроекта используется термин "посредник"; чтобы не сбивать читателя с толку, этот термин будет использоваться и далее при анализе законопроекта, хотя, по убеждению автора настоящей главы, более целесообразным было бы использование в законопроекте термина "примиритель" (об этом говорилось ранее). Итак, к положениям законопроекта, которые воспроизводят положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, относятся положения:

- о невозможности применения данного законопроекта к случаям содействия в урегулировании спора судьей государственного суда или арбитром (третейским судьей) <1> (п. 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ; п. 3 ст. 2 законопроекта);

<1> Данное положение представляется весьма важным, поскольку оно дает дополнительные аргументы для обоснования подхода, согласно которому судья в процессе может выступать только в качестве лица, обладающего полномочиями выносить обязательное для сторон решение, но не как посредник между сторонами. Это положение не допускает возложение на судей государственных судов и арбитражей (третейских судов) не свойственных им полномочий - оказания посреднических услуг - и не предусматривает установление для них каких-либо дополнительных обязанностей. Сказанное, впрочем, вовсе не означает, что судья государственного суда или арбитража (третейского суда) не может содействовать сторонам в примирении по спору. Но это содействие ограничено рамками АПК РФ, ГПК РФ и иных федеральных законов и предусматривает совершение судьей таких поименованных в законе действий, как разъяснение сторонам возможности заключить мировое соглашение по делу, порядка и последствий его заключения, а также порядка исполнения мирового соглашения. Кроме того, суд может оказать содействие и посредством отложения судебного разбирательства по ходатайству обеих сторон в случае необходимости выработки условий мирового соглашения и проч.

- о признании предложения одной стороны об обращении к примирительной процедуре отклоненным в случае отсутствия ответа от другой стороны (п. 2 ст. 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ; п. 2 ст. 7 законопроекта) <1>;

<1> К сожалению, в законопроект не вошло содержащееся в п. 1 ст. 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ положение о том, что согласительная процедура в отношении возникшего спора начинается в день, когда стороны соглашаются обратиться к этой процедуре.

- о выборе сторонами порядка проведения примирительной процедуры посредством ссылки на какие-либо правила или иным образом (п. 1 ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ; п. 1 ст. 12 законопроекта);

- о выборе посредником порядка проведения примирительной процедуры в тех случаях, когда отсутствует договоренность сторон о порядке проведения примирительной процедуры (п. 2 ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ; п. 2 ст. 11 законопроекта);

- о недопустимости предвзятого подхода посредника по отношению к сторонам (п. 3 ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ; п. 3 ст. 12 законопроекта);

- о конфиденциальности процедуры (ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ; ст. 14 законопроекта). Но принципиальным отличием от Типового закона ЮНСИТРАЛ является то, что посредникам (и почему-то организациям, оказывающим услуги в сфере примирения) п. 3 ст. 14 законопроекта предоставляется свидетельский иммунитет, который подразумевает запрет на допрос в качестве свидетелей самих посредников и работников этих организаций, а также проведение в отношении них оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, связанных с участием данных лиц в примирительной процедуре, в отсутствие судебного решения. Это положение серьезно отличается от текста Типового закона ЮНСИТРАЛ, в котором положение о конфиденциальности исчерпывается следующим установлением: "Если стороны не договорились об ином, сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мирового соглашения". Надо отметить и то, что в первоначальном тексте законопроекта содержалась оговорка о неприменимости правила о конфиденциальности в тех случаях, "когда это требуется в соответствии с федеральным законом или в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" <1>. Данная оговорка трансформировалась в указание о конфиденциальности информации, относящейся к примирительной процедуре, за исключением случаев, когда ее раскрытие требуется в соответствии с федеральным законом (п. 1 ст. 14 законопроекта);

<1> Имелись в виду, например, положения ч. 2 ст. 9 Федерального закона "О борьбе с терроризмом" (сообщение граждан правоохранительным органам о ставших известными им сведениях о террористической деятельности является гражданским долгом каждого), ст. 7.1 Федерального закона "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" (при наличии у адвоката, нотариуса, лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг, любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, они обязаны уведомить об этом уполномоченный орган).

- об ограничении использования информации в судебном или третейском разбирательстве (ст. 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ; ст. 15 законопроекта);

- об основаниях завершения примирительной процедуры (ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ; ст. 16 законопроекта) <1>.

<1> Правда, в законопроект включено дополнительное основание завершения примирительной процедуры. В качестве такового указывается истечение срока, определенного сторонами для урегулирования спора, если стороны не договорились о его продлении.

В то же время сопоставительный анализ Типового закона ЮНСИТРАЛ и законопроекта позволяет говорить о ряде принципиальных отличий, существующих между ними, что в некотором роде оправдывает исключение названного упоминания из законопроекта. На некоторых из них, по-видимому, следует остановиться подробнее.

1. Как указывалось выше, для целей Типового закона ЮНСИТРАЛ термином "согласительная процедура" обозначается одна из разновидностей примирительных процедур, при которой спорящие стороны обращаются к примирителю за помощью в урегулировании спора (п. 3 ст. 1 Типового закона) <1>. Иные примирительные процедуры (претензионный порядок, примирение сторон без участия примирителя и др.) данным Типовым законом не охватываются.

<1> Как указывалось в Руководстве по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ, термин "согласительная процедура" используется в качестве обобщающего понятия, охватывающего процедуры, в которых лицо или коллегия лиц оказывает сторонам независимую и беспристрастную помощь в их попытке достичь мирного урегулирования спора (Проект руководства по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре // Третейский суд. 2003. N 1. С. 120).

В преамбуле законопроекта, имеющего, как уже было сказано выше, наименование "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)", указывается, что он "призван содействовать урегулированию споров путем проведения примирительных процедур, направленных на достижение соглашения между сторонами и способствующих поддержанию делового сотрудничества, гармонизации социальных отношений и формированию этики делового оборота". При этом в ст. 3 Законопроекта "процедура урегулирования спора между сторонами с помощью лица, именуемого посредник" обозначается термином "примирительная процедура".

Таким образом, в законопроекте понятие "примирительная процедура" необоснованно сужается: под ним понимаются только примирительные процедуры с участием примирителя. Между тем понятие "примирительные процедуры" охватывает и иные примирительные процедуры (например, непосредственные переговоры сторон, неоднократно упоминавшийся претензионный порядок).

Столь узкое толкование в законопроекте понятия "примирительная процедура" (или, если говорить более точно, подмена видового понятия "примирительная процедура с участием посредника" родовым понятием "примирительная процедура") только на первый взгляд кажется незначительным. На самом деле это отражение тенденции к созданию наиболее благоприятных условий для развития специализированных организаций по оказанию услуг в сфере проведения примирительных процедур, для расширения рынка посреднических услуг (возможно, в ущерб развитию иных разновидностей примирительных процедур).

Та же направленность вытекала из правил, установленных в прежней редакции законопроекта: правила об обязательности проведения примирительной процедуры с участием посредника, если стороны договорились обратиться к примирительной процедуре <1>; правила о допустимости принудительного исполнения соглашения об урегулировании, если это соглашение заключено по результатам проведения примирительной процедуры с участием посредника и нотариально удостоверено (такое же соглашение, но заключенное сторонами без содействия посредника, хотя бы и удостоверенное у нотариуса, исполнительной силой не наделялось <2>) и т.д.

<1> И это при том, что, по свидетельству зарубежных экспертов, в тех странах, где согласительные процедуры являются обязательными в силу закона, они наименее эффективны. В дореволюционном российском праве также отмечалось, что обязательность примирительных процедур иногда идет во вред (см., например: Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 29). В современной российской практике это наблюдение подтверждает, например, обязательность претензионного порядка, закрепленная действовавшим до 1995 г. Положением о претензионном порядке урегулирования споров. А.А. Брыжинский говорит о том, что предусматриваемый этим Положением обязательный претензионный порядок "был во многих конфликтных ситуациях в хозяйственной сфере тормозом в получении оперативной судебной защиты, используемым недобросовестными ответчиками" (Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: Дис. ... к.ю.н. Саранск, 2005. С. 97).

<2> См. об этом подробнее: Рожкова М.А. О перспективах внесудебного урегулирования споров и принудительного исполнения внесудебной мировой сделки // Хозяйство и право. 2006. N 1. С. 68 - 69.

Ту же задачу создания дополнительных "удобств" для развития организаций по оказанию услуг в сфере проведения примирительных процедур имеет, по всей видимости, и ст. 6 законопроекта, возлагающая на районные и арбитражные суды ведение списков организаций, обеспечивающих проведение примирительных процедур <1>. Иным образом достаточно сложно объяснить необходимость ведения государственных судами списков таких организаций, учитывая, что действующее гражданское и арбитражное процессуальное законодательство не предусматривает положений о направлении судом сторон к примирителю и, как это установлено во французском законодательстве, об определении вознаграждения примирителю с выдачей при необходимости исполнительного листа на его получение со сторон (стороны) <2>.

<1> Вообще законопроект уделяет серьезное внимание данным организациям, которые в его ст. 3 определены как юридические лица, утвердившие правила проведения примирительной процедуры и список посредников, рекомендуемых для ее осуществления. Однако функции данных

организаций в законопроекте не определены, хотя это кажется необходимым: в частности, арбитражные институты нередко в согласительных регламентах специально определяют свои функции в рамках согласительных процедур. Например, § 7 Согласительного регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ в качестве содействия примирению сторон предусматривает направление документов сторонам и посреднику; содействие посреднику в определении даты, времени и места встречи со сторонами и направление заблаговременного уведомления сторонам о встрече; предоставление помещений для встреч посредника со сторонами; осуществление машинописных работ; получение аванса расходов на согласительную процедуру и его дальнейшее перечисление с учетом установленного распределения таких расходов; оказание иного содействия, насколько таковое возможно (<http://www.tpprf-mkac.ru/>).

<2> Конечно, в АПК РФ содержатся положения об обязанности суда разъяснить право на обращение к посреднику (п. 2 ч. 1 ст. 135) и праве суда отложить судебное разбирательство по ходатайству обеих сторон в случае их обращения за содействием к суду или посреднику в целях урегулирования спора (ч. 2 ст. 158). М.А. Калдина придает этим положениям несколько более широкое звучание, толкуя их как положения "о возможности судьям рекомендовать сторонам использование примирительных процедур" (Калдина М.А. О Втором Европейском конгрессе, посвященном вопросам коммерческой медиации // Третейский суд. 2005. N 6. С. 114). Думается, что рекомендация сторонам использовать возможности примирительных процедур охватывается нормой ч. 1 ст. 138 АПК РФ, возлагающей на судей арбитражного суда обязанность по содействию сторонам в урегулировании спора. Вместе с тем в процессуальном законодательстве нет прямой нормы, предусматривающей обязанность судей назначать примирителей или направлять дела в организацию, оказывающую содействие в осуществлении примирительных процедур.

В силу данной статьи все юридические лица, обратившиеся в суд с соответствующим заявлением, включаются судами в список организаций, обеспечивающих проведение примирительных процедур. Для этого законопроект не предусматривает каких-либо требований к обращающимся юридическим лицам <1>, как не устанавливает и возможность отказа во включении юридического лица в подобный список, а также возможность досрочного исключения из списка (исключение из списка предполагается только для случаев, когда включенная в список организация не представила заявление о продлении срока пребывания в списке на очередной календарный год). Законопроект также не предусматривает порядок ведения списков, порядок включения организаций в список <2> и т.д.

<1> В связи с этим в одном из официальных заключений на законопроект отмечалась необходимость четкого определения того, "что представляют собой такие организации и на основании каких сведений (данных) составляются списки таких организаций" (Заключение правового управления Государственной Думы от 18 января 2007 г. С. 1).

<2> На это, например, указывается в ст.: Дементьев О.М. Примирительным процедурам - государственный подход // Третейский суд. 2007. N 3. С. 125.

Думается, что подобные стремления разработчиков законопроекта не могут быть поддержаны. В связи с изложенным представляется более верным использовать в названии и тексте законопроекта устоявшийся термин "согласительная процедура" <1> (как тождественный фразе "примирительная процедура с участием посредника") - термин, который снял бы некоторое напряжение в вопросе терминологии.

<1> Традиционно свод положений, определяющих порядок урегулирования споров с привлечением примирителя, называется согласительным регламентом. Примером может служить Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (<http://www.tpprf-mkac.ru/>).

2. Вопрос использования терминов в законопроекте всегда стоял очень остро.

Первоначальное название законопроекта звучало следующим образом: "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)", т.е. термин "посредничество" использовался как краткое название примирительной процедуры <1>. Не возвращаясь к упомянутой ранее многозначности термина "посредничество", хотелось бы несколько слов сказать о допустимости замены термина "примирительная процедура" термином "посредничество".

<1> См.: Носырева Е.И. Пояснительная записка к проекту ФЗ "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)" // Третейский суд. 2005. N 5. С. 14 - 15.

Как указывалось ранее, примирительная процедура осуществляется самими спорящими сторонами (путем их непосредственных переговоров, переговоров через примирителя или иным образом), т.е. это прежде всего деятельность спорящих сторон по урегулированию их спора, которая только в некоторых случаях предусматривает участие в ней сторонних лиц. Посредничество - это всегда деятельность посредника, оказание им посреднических услуг, предусматривающее получение вознаграждения. Таким образом, понятия "примирительная процедура" и "посредничество" (если речь идет о деятельности примирителя) взаимосвязаны, но подменять одно другим нельзя.

Отличия этих правовых явлений наиболее выпукло можно обозначить, анализируя принципы, на которых должна строиться та и другая деятельность.

Принципами всякой примирительной процедуры (как в условиях непосредственных переговоров сторон, так и в условиях проведения согласительной процедуры) можно назвать:

- принцип законности, который является общеправовым, т.е. требование о его соблюдении характерно для всех без исключения отраслей права (в данном случае он означает, что при проведении всякой примирительной процедуры стороны не должны нарушать требований законов и иных нормативных правовых актов). Данный принцип не нашел своего отражения в законопроекте <1>;

<1> На необходимость включения в законопроект принципов законности и справедливости в 2005 г. указывал О.Ю. Скворцов, подчеркивая, что реализация "этих принципов в системе урегулирования посредничества призвана обеспечить, с одной стороны, правовую основу процедурам содействия разрешению споров, а с другой стороны, нравственные начала, на которых должно базироваться разбирательство конфликта" (Скворцов О.Ю. О законопроекте Федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)" // Третейский суд. 2005. N 5. С. 28)

- принцип диспозитивности и движения примирительной процедуры в зависимости от взаимодействия сторон. Следует отметить, что ранее в ст. 4 законопроекта упоминался принцип диспозитивности, однако в тексте законопроекта, подготовленного к рассмотрению в первом чтении, этот принцип был исключен <1>. Данный принцип в условиях примирения реально действует, поскольку стороны примирительной процедуры свободны в своем волеизъявлении как относительно спора, так и относительно самой примирительной процедуры: они могут урегулировать спор и заключить мировую сделку, но могут и, не урегулировав спор, прекратить примирительную процедуру. Упоминаемый принцип движения примирительной процедуры в зависимости от взаимодействия сторон подразумевает под собой то, что примирительная процедура возникает, развивается и прекращается только по причине взаимодействия сторон. Нет взаимодействия - не будет примирительной процедуры, поскольку урегулировать возникший спор могут только сами стороны (примиритель же привлекается только для помощи им в этом начинании);

<1> Т.Е. Абова подчеркивает необходимость включения в законопроект классического принципа правового регулирования отношений сторон, основанных на их равенстве и автономии воли, - принципа диспозитивности (Абова Т.Е. Указ. соч. С. 14).

- принцип процедурного равноправия сторон прямо установлен в п. 2 ст. 4 законопроекта и подразумевает равные процедурные права сторон, их одинаковые правовые возможности. Поэтому стороны обладают равными правами делать заявления, высказывать предложения, возражать и т.д., т.е. совершать действия, которые им кажутся необходимыми для заключения взаимовыгодного соглашения (мировой сделки);

- принцип сотрудничества - принцип, характерный именно для примирительной процедуры и являющийся противоположностью принципу состязательности в судопроизводстве (п. 2 ст. 4 Законопроекта). Если принцип состязательности представляет собой правило, согласно которому заинтересованные в исходе дела лица отстаивают свою правоту в споре путем представления доказательств суду и другой стороне по делу, высказывания своих доводов и соображений, дачи объяснений и т.д., то в примирительной процедуре стороны не отстаивают свою правоту, а пытаются прийти к взаимовыгодному или взаимодопустимому компромиссу. То есть стороны для целей урегулирования спора вынуждены сотрудничать;

- принцип допустимости осуществления примирительной процедуры только на основании специального соглашения - соглашения о примирительной процедуре (ст. 5 Законопроекта). Этот принцип означает, что примирительная процедура как с участием примирителя (согласительная процедура), так и без участия такового возможна только на основании соглашения сторон о проведении данной процедуры. В отсутствие такого соглашения примирительная процедура невозможна;

- принцип конфиденциальности примирительной процедуры закреплен в п. 2 ст. 4, ст. 14 законопроекта. И по общему правилу не только сама примирительная процедура не предусматривает гласности, но и вся информация, относящаяся к примирительной процедуре, является конфиденциальной (за некоторым изъятием, предусмотренным законом) <1>;

<1> В силу п. 1 ст. 15 законопроекта стороны, посредник, другие лица, присутствующие при проведении примирительной процедуры, не вправе ссылаться в судебном либо третейском разбирательстве на: 1) предложение одной из сторон об обращении к примирительной процедуре или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в примирительной процедуре; 2) мнения или предложения, высказанные одной из сторон примирительной процедуры в отношении возможного урегулирования спора; признания, сделанные одной из сторон в ходе примирительной процедуры; 3) проявление готовности одной из сторон принять предложение об урегулирование спора, сделанное посредником или другой стороной; 4) сведения, содержащиеся в документе, подготовленном исключительно для целей примирительной процедуры.

- принцип обязательности для сторон условий заключенной ими мировой сделки. Данный принцип означает, что стороны, заключившие соглашение о примирительной процедуре, приняли на себя и обязанность добровольно исполнять условия соглашения, которое они заключили по результатам проведения примирительной процедуры (мировую сделку или соглашение об урегулировании спора). Положение об этом содержится в п. 1 ст. 18 законопроекта.

Посредничество как деятельность примирителя подразумевает, в частности, следование таким принципам, как:

- принцип законности, который распространяется и на посредника, обязанного при осуществлении согласительной процедуры соблюдать требования законов и иных нормативных правовых актов. К сожалению, данный принцип не нашел своего отражения в законопроекте;

- принцип независимости и беспристрастности посредника, подразумевающий, что тот должен быть независимым и действовать беспристрастно (п. 2 ст. 4 законопроекта, повторенный в ч. 1 ст. 11 законопроекта). Как и в отношении судей, этот принцип подразумевает запрет любого постороннего вмешательства или воздействия на посредника любых юридических или физических лиц. В развитие данного принципа п. 3 ст. 12 Законопроекта предусматривает, что посредник должен обеспечить не только квалифицированное, но и непредвзятое урегулирование спора, устанавливая обязанность посредника при проведении примирительной процедуры не ставить какую-либо из сторон в преимущественное положение и не умалять права и законные интересы одной из сторон;

- принцип конфиденциальности распространяется и на посредника, который в силу п. 2 ст. 14 законопроекта не вправе разглашать информацию, ставшую ему известной при проведении примирительной процедуры, без согласия сторон <1>. Однако, как обоснованно отмечено в одном из официальных заключений на законопроект, полный запрет посреднику раскрывать стороне в споре полученную от другой стороны информацию, касающуюся спора, неверен, поскольку таким образом посредник ограничивается в сложном поиске возможных путей урегулирования спора <2>. Безусловно, более удачным было бы использовать формулировку Типового закона ЮНСИТРАЛ, ст. 8 которого содержит следующее положение: "В случае, когда посредник получает от одной из сторон информацию, касающуюся спора, он может раскрыть существо этой информации другой стороне согласительной процедуры. Однако, если сторона сообщает посреднику какую-либо информацию под прямым условием о сохранении ее конфиденциальности, эта информация не раскрывается другой стороне согласительной процедуры";

<1> В частности, ст. 15 законопроекта устанавливает, что, если стороны не договорились об ином, посредник, как и сами стороны (а также иные лица, присутствовавшие при проведении примирительной процедуры), не вправе в судебном разбирательстве ссылаться на: 1) предложение одной из сторон об обращении к примирительной процедуре (посредничеству) или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в примирительной процедуре (посредничестве); 2) мнения или предложения, высказанные одной из сторон примирительной процедуры (посредничества) в отношении возможного урегулирования спора; 3) признания, сделанные одной из сторон в ходе примирительной процедуры (посредничества); 4) проявление готовности одной из сторон принять предложение об урегулировании спора, сделанное посредником или другой стороной; 5) сведения, содержащиеся в документе, подготовленном исключительно для целей примирительной процедуры (посредничества). Сказанное, впрочем, не означает, что доказательства, использованные в ходе примирительной процедуры, недопустимо использовать в судебном процессе в арбитражном суде: с учетом названных ограничений доказательства, используемые в примирительной процедуре, являются допустимыми и в судебном процессе. Такое положение прямо закреплено в п. 5 ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ, но законопроект подобной нормы не содержит.

<2> Заключение правового управления Государственной Думы от 18 января 2007 г. С. 1.

- принцип руководства примирителя примирительной процедурой. Данный принцип, безусловно, охватывает не все разновидности согласительных процедур, однако в большинстве случаев фигура примирителя действительно необходима для придания направления переговорам сторон. Вместе с тем некоторые разновидности примирительных процедур предусматривают иную форму участия примирителя.

Резюмируя вышесказанное, можно утверждать о наличии очевидных отличий между понятиями "примирительная процедура" и "посредничество", каждое из которых имеет собственное содержание и не может подменять другое. Здесь же хотелось бы отметить, что автором настоящей главы и ранее указывалось на смысловые отличия данных понятий <1>.

<1> См. об этом, например: Рожкова М.А. О перспективах внесудебного урегулирования споров и принудительного исполнения внесудебной мировой сделки. С. 66 - 69.

Сегодня термин "посредничество" как краткое название примирительной процедуры из законопроекта исключен. Вместе с тем теперь вместо термина "посредничество" в законопроект (в качестве краткого названия примирительных процедур с участием посредника) введен термин "медиация", что возвращает проблему на круги своя. И нельзя не отметить при этом, что использование в названии и тексте законопроекта термина "медиация" ("mediation") позволяет говорить, что законопроект построен на использовании скорее модели профессионального посредничества, характерного для США, нежели модели примирения, характерной для континентальной системы права ("conciliation"), предусматривающей несколько иную форму посредничества (об их различиях говорилось ранее). Такой выбор также отчасти объясняет исключение упоминания в законопроекте о Типовом законе о международной коммерческой согласительной процедуре ЮНСИТРАЛ (Model Law on International Commercial Conciliation).

3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, на что уже указывалось выше, может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным).

В то же время из ст. 2 законопроекта следует, что он подлежит применению не только к отношениям "по урегулированию споров, возникающих в сфере гражданского оборота и связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности российскими и иностранными организациями, гражданами Российской Федерации, иностранными гражданами и лицами без гражданства" (п. 1 ст. 2), но и к отношениям "по урегулированию споров, возникающих из трудовых, семейных и иных отношений, если иное не вытекает из федерального закона и существа соответствующих отношений" (п. 2 ст. 2).

Таким образом, сфера отношений, которые могут быть урегулированы с использованием примирительных процедур, в законопроекте существенно расширена (что принципиально отличает его от Типового закона ЮНСИТРАЛ). Законопроект допускает урегулирование практически любых конфликтов (в любой сфере), за исключением случаев, когда закон прямо исключает возможность использования примирительных процедур.

Возможно, расширение сферы применения законопроекта следовало бы одобрить, поскольку, как подчеркивается в литературе <1>, примирительные процедуры применимы для урегулирования весьма широкого круга всевозможных споров и иных дел, например:

<1> См., например: Медиация - метод внесудебного разрешения споров // Материалы научно-методического центра "Медиация и права". М., 2007. С. 4.

- семейных споров (особенно при разводах, при разделе наследства);
- конфликтов, связанных с вопросами охраны окружающей среды;
- споров в школе и иных учебных заведениях;
- споров между соседями;
- конфликтов как внутри организаций, так и между организациями (коммерческими компаниями, государственными учреждениями, общественными организациями, церковью и т.д.);
- споров при оценке возможных последствий использования техники;
- политических споров (например, при урегулировании конфликтов между этническими группами, между государствами);
- вопросов в рамках уголовных дел (например, при рассмотрении дел с участием несовершеннолетних) и т.д.

Между тем существует и негативный аспект снятия ограничений в отношении сфер использования примирительных процедур, поскольку, как отмечалось в официальных заключениях на законопроект, существует опасность создания оснований для навязывания более сильной экономической стороной в договорах с гражданами (в потребительских отношениях) обязательного

досудебного урегулирования, что породит дополнительные конфликты и предпосылки для всевозможных злоупотреблений.

4. Законопроект прямо предусматривает норму о том, что примирительная процедура с участием посредника может быть начата как до обращения спорящих сторон в суд (государственный суд или арбитраж), так и после их обращения в суд (п. 1 ст. 7). Иными словами, по смыслу законопроекта, "он может применяться в случаях использования посредничества как во внесудебном (т.е. внеюрисдикционном, когда стороны самостоятельно выбирают и применяют способы АРС без обращения в органы государственной юрисдикции), так и досудебном порядке (после обращения стороны в государственный юрисдикционный орган, но до вынесения им решения по делу)" <1>.

<1> Севастьянов Г.В. Законопроект о посредничестве (медиации) и его поэтапном и диалектическом развитии // Третейский суд. 2006. N 6.

Подобных изложенным положений в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не содержится.

Вероятно, предусматривая данную норму, разработчики Законопроекта исходили из желания дать дополнительные пояснения в отношении допустимости проведения примирительных процедур в тот или иной период. Между тем ими не было учтено, что надобность в примирительных процедурах может возникнуть и в период, когда судебное решение вынесено и обнаруживаются проблемы исполнения вынесенного судебного решения. Здесь также имеет место некоторая неопределенность в отношениях сторон, и действующее законодательство допускает проведение примирительных процедур и заключение мирового соглашения (в частности, ч. 1 ст. 139 АПК РФ). Следовательно, примирительная процедура может проводиться:

- до обращения сторон в суд за разрешением спора;
- после обращения сторон в суд (после того, как производство по делу возбуждено судом и до вынесения судебного акта, оканчивающего рассмотрение дела в той или иной инстанции) <1>;

<1> Абсолютно бесосновательно умозаключение И.Ю. Захарьящевой, утверждающей, что "...при пересмотре дела в порядке апелляции или кассации стороны не только знают суть спора, но и предпринимали все "попытки" к его урегулированию. В связи с этим ОБРАЩЕНИЕ К ПОСРЕДНИКУ ВОЗМОЖНО ТОЛЬКО ДО НАЧАЛА РАССМОТРЕНИЯ АПЕЛЛЯЦИОННОЙ ИЛИ КАССАЦИОННОЙ ЖАЛОБ ПО СУЩЕСТВУ (выделено мной. - М.Р.) и при положительном результате повлечет за собой прекращение производства по жалобам либо утверждение арбитражным судом мирового соглашения в процессе пересмотра судебных актов" (Захарьящева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития): Автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2005. С. 22 - 23).

- после вынесения судебного решения (на стадии исполнения вынесенного судебного решения).

Таким образом, примирительные (и, в частности, согласительные) процедуры имеют очень широкий спектр применения, хотя, к сожалению, используются в отечественной практике явно недостаточно.

5. Как уже говорилось выше, Типовой закон ЮНСИТРАЛ в общих чертах описывает личность посредника, определяя его как "лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение". По общему правилу, если стороны не договорились об ином, назначается один посредник (п. 1 ст. 5 Типового закона); при этом стороны могут назначить посредника (посредников) сами либо обратиться за содействием к соответствующему учреждению или лицу, которое может рекомендовать посредника с учетом обстоятельств спора <1>.

<1> Кроме того, ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает правило, в соответствии с которым посредник может встречаться или поддерживать связь со сторонами одновременно или с каждой из них в отдельности.

В отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ законопроект предусматривает гораздо большее количество положений, касающихся деятельности посредника.

Статья 3 законопроекта определяет посредника следующим образом: "физическое лицо, содействующее сторонам в достижении соглашения по спору. В качестве посредника может выступать как единоличный посредник, так и группа посредников". И далее (в ст. 8):

"1. Посредником может быть любое физическое лицо, обладающее полной дееспособностью и не имеющее судимости, давшее согласие на выполнение функции посредника.

2. Посредниками не могут быть лица, замещающие государственные должности Российской Федерации или государственные должности субъектов Российской Федерации, а также государственные служащие.

3. Соглашением сторон или правилами проведения примирительной процедуры могут устанавливаться дополнительные требования к посреднику.

4. Деятельность посредника не является предпринимательской деятельностью".

Статья 10 законопроекта предусматривает, что посредник избирается сторонами по их взаимному согласию, если стороны не договорились об ином; стороны или одна из сторон вправе обратиться в организацию, обеспечивающую проведение примирительной процедуры, с просьбой о рекомендации посредника. При этом в п. 3 указанной статьи допускается, что правилами проведения примирительной процедуры может предусматриваться назначение посредника с согласия сторон непосредственно организацией, обеспечивающей проведение примирительной процедуры.

Таким образом, законопроект дает определение посредника (хотя даваемое им определение отнюдь не безупречно), устанавливает специальные требования к посреднику и предусматривает положения о порядке его назначения.

Однако при том, что деятельность посредников прямо названа в законопроекте непредпринимательской (надо думать, что имеется в виду только та, которая будет осуществляться в рамках настоящего законопроекта), в нем не указаны задачи примирительных процедур и не очерчен круг полномочий посредников.

В литературе все чаще встречаются умозаключения о необходимости формулирования в законопроекте более четких и подробных требований к посреднику: например, условий о его совершеннолетию <1>, об образовании, профессиональном опыте <2>, а также о получении соответствующего аттестата или сертификата и др. Установление данных требований, по мнению предлагающих их авторов, гарантирует возможность квалифицированного и непредвзятого урегулирования конфликта.

<1> Отзыв на законопроект "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)", подготовленный совместно кафедрой гражданского процесса (зав. кафедрой - В.В. Янков) и кафедрой гражданского права (зав. кафедрой - Б.М. Гонгало) УрГЮА // Третейский суд. 2005. N 5. С. 26.

<2> См.: Скворцов О.Ю. О законопроекте Федерального закона "О примирительной процедуре с участием посредника (посредничестве)". С. 28.

Безусловно, в данных предложениях есть свой резон. Однако, с другой стороны, существует опасность установления чрезмерно большого количества требований к примирителям - частным лицам, оказывающим примирительные услуги (что принципиально отличает их от судей государственных судов, осуществляющих судебную власть), а это не всегда может принести положительные результаты на практике и повлечь, в частности, ограничения сторон в выборе примирителя <1>.

<1> По мнению О. Шора, требование о квалификации, закрепленное в законодательном порядке, в совокупности с ограничением права сторон самостоятельно согласовывать кандидатуру примирителя излишне формализует данную процедуру и приблизит ее к судебной (Шор О. Посредничество - новый институт арбитражного процесса // Коллегия. 2002. Май. С. 7).

6. Помимо сказанного хотелось бы остановиться на еще одном терминологическом нюансе, который обнаруживает законопроект.

Ознакомление с положениями законопроекта не позволяет оставить без внимания упоминание в нем "соглашения об урегулировании спора", которое:

- в ст. 3 законопроекта определяется как "соглашение, достигнутое сторонами по спору или отдельным разногласиям в ходе примирительной процедуры и зафиксированное в письменной форме";

- в ст. 16 законопроекта названо в качестве основания завершения примирительной процедуры;

- в силу ст. 17 законопроекта требует облачения в письменную форму и предусматривает указание сведений о сторонах спора, обязательстве, по которому возник спор, о проведенной примирительной процедуре, о посреднике, а также согласованных сторонами условий, размеров и сроков исполнения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой;

- в соответствии со ст. 18 законопроекта имеет обязательную силу для заключивших его сторон и должно исполняться добровольно в порядке и в сроки, которые в нем предусмотрены <1>;

<1> В случае же неисполнения соглашения п. 3 ст. 18 законопроекта предусматривает возможность обращения в суд за защитой прав.

- в п. 1 ст. 19 законопроекта допускает его утверждение судом в качестве мирового соглашения по правилам, предусмотренным процессуальным законодательством.

Даже тщательный анализ не позволяет усмотреть принципиальных отличий соглашения об урегулировании спора от мирового соглашения, как оно определено в гл. 15 действующего АПК РФ. И вряд ли можно рассматривать как такое отличие обязательность упоминания в соглашении об урегулировании спора о проведенной примирительной процедуре и посреднике (необходимость которого ничем не обоснована и вызывает серьезные сомнения).

Небезынтересно то, что действовавшие до принятия Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации" Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г., и Положение о третейском суде (приложение N 3 к ГПК РСФСР 1964 г.) не содержали термина "мировое соглашение".

Вместе с тем, в частности, ст. 19 названного Временного положения предусматривала, что в случае, если сторонами было достигнуто соглашение об урегулировании спора, решение принималось третейским судом с учетом этого соглашения. По всей видимости, именно эта норма оказала влияние на первый АПК РФ 1992 г., в ст. 106 которого предусматривалось, что решение принимается арбитражным судом с учетом достигнутого сторонами соглашения, если оно не противоречит законодательству, фактическим обстоятельствам и материалам дела. Комментируя указанную статью АПК РФ 1992 г., специалисты отмечали, что в отличие от предусмотренного ГПК РСФСР 1964 г. мирового соглашения, по утверждению которого судом производство по делу прекращается, соглашение, достигнутое сторонами в процессе разрешения дела в арбитражном суде, не означает прекращения дела: дело рассматривается по существу и по нему выносится решение. Таким образом, соглашение об урегулировании спора служило фундаментом для последующего вынесения судебного решения.

В связи со сказанным возникает резонный вопрос в отношении использования вместо термина "мировое соглашение" <1> (или привычного и давно используемого в отечественной доктрине гражданского права термина "мировая сделка") фразы "соглашение об урегулировании спора".

<1> Согласно ст. 139 АПК РФ спор, переданный на рассмотрение арбитражного суда, стороны на любой стадии вольны прекратить заключением мирового соглашения, которое подлежит утверждению арбитражным судом. Термин "мировое соглашение" получил законодательное закрепление и успешно используется в законодательстве, литературе, судебных актах (подробнее о нем см. гл. V настоящей книги).

Кроме того, нельзя оставить без внимания и еще одно обстоятельство. Примирительные процедуры, о чем говорилось в начале настоящей главы, допускают их использование не только в случае возникновения между сторонами правового спора (спора о праве), но и в случае возникновения иных конфликтов. При урегулировании правового спора (спора о праве) или правовой неопределенности стороны заключают мировую сделку; при урегулировании спора по факту (упоминаемого в начале настоящей главы) либо конфликта иного характера, возникшего в производственной, технологической и иных сферах, стороны заключают "соглашение об урегулировании". Иными словами, соглашение об урегулировании представляет собой скорее "техническое" соглашение, которое не является гражданско-правовой сделкой, не подпадает под законодательное регулирование и не предусматривает возможность обращения в суд за его принудительным исполнением.

В этих условиях именование мировой сделки в законопроекте соглашением об урегулировании представляется по крайней мере нелогичным и, как отмечалось в одном из официальных заключений на законопроект, может создать проблемы в правоприменительной практике, поскольку использование двух терминов для одной сделки создает законодательную неопределенность и нецелесообразно с точки зрения юридической техники.

7. В завершение этой части настоящей главы, думается, можно указать на сомнительность включения в п. 2 ст. 17 законопроекта положения о необходимости введения в мировое соглашение (соглашение об урегулировании) данных о посреднике.

Посредник не является участником мирового соглашения, на него этим соглашением не могут быть возложены какие-либо обязанности. В этих условиях во введении подобного правила нет надобности, и, напротив, его введение может способствовать приданию неправильного направления практике.

Резюмируя изложенное, можно говорить о том, что примирительные процедуры, будучи наиболее цивилизованным способом окончания спора - его урегулированием без обращения к

суду, конечно, требуют создания законодательных основ. Однако законопроект обнаруживает недоработки и пробелы, которые явно нуждаются в устранении. Предлагаемая в нем регламентация, не создавая условий для использования спорящими сторонами цивилизованных способов урегулирования споров, не будет способствовать и снижению нагрузки на судебные органы и, более того, в определенных случаях создаст на практике дополнительные проблемы, которые, несомненно, потребуют своего разрешения.

Кроме того, не только отсутствие законодательных основ (и, что немаловажно, относительная дешевизна судебного разбирательства при достаточно высокой стоимости примирительных услуг) препятствует распространению примирительных процедур, но и отсутствие концептуально проработанной программы развития процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров. В отсутствие такой программы принятие рассмотренного законопроекта принципиально ситуацию не изменит.

2. Понятие соглашения о примирительной процедуре

2.1. Виды договоров в примирительной процедуре. Соотношение понятий "примирительная процедура" и "мировое соглашение"

Всякая примирительная процедура начинается после возникновения спора - с момента, когда стороны соглашаются обратиться к такой процедуре: направляют претензию (если избран претензионный порядок урегулирования спора), начинают переговоры относительно способа урегулирования возникшего спора и проч. <1> В зависимости от того, какую разновидность примирительной процедуры избрали стороны, допустимо прохождение различных этапов.

<1> Данное утверждение находит подтверждение в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, в п. 1 ст. 4 которого указано, что согласительная процедура в отношении возникшего спора начинается в день, когда стороны в споре соглашаются обратиться к согласительной процедуре.

1. Примирительная процедура без привлечения примирителя, вероятно, наименее затратный во всех отношениях способ урегулирования споров.

Так, начало такой примирительной процедуре, как непосредственные переговоры (без привлечения примирителей) может быть положено одной из спорящих сторон. Эта сторона обращается к другой стороне спора с конкретными предложениями для целей урегулирования производственного, технологического или иного конфликта либо правового спора (в случае правового спора (спора о праве) допустимы, в частности, предложения о рассрочке или отсрочке в уплате долга, о замене предоставления, об уменьшении размера санкций и др.). Согласие другой стороны на рассмотрение этих предложений и следующие за этим непосредственные переговоры сторон и есть собственно примирительная процедура без участия примирителя, которая при благоприятных обстоятельствах может закончиться заключением упоминаемого ранее соглашения об урегулировании (производственных, технологических, экономических и иных разногласий) либо мировой сделки (для правового спора или иной правовой неопределенности).

Таким образом, стороны могут закрепить в основном договоре условие о возможности обращения к такой примирительной процедуре, но для ее использования наличие этого условия не является необходимым: стороны в любой момент могут прибегнуть к названной примирительной процедуре.

Сказанное позволяет характеризовать непосредственные переговоры сторон как процедуру, начало которой кладет предложение одной стороны о внесудебном урегулировании спора и согласие на это другой стороны и следующие затем непосредственные переговоры сторон. Завершается эта примирительная процедура либо заключением удовлетворяющего обе стороны соглашения, либо (при неблагоприятном исходе) прекращением переговоров в отсутствие урегулирования спора, что предполагает последующее обращение заинтересованной стороны в суд для разрешения спора (если это правовой спор).

Другой популярной примирительной процедурой без привлечения примирителя является претензионный порядок урегулирования спора - особая (письменная) процедура урегулирования спора самими спорящими сторонами. Примечательно, что еще в период, когда примирительные процедуры не были столь популярны, российское право достаточно подробно (хотя и небезупречно) регламентировало претензионный порядок урегулирования споров в известном Положении о претензионном порядке урегулирования споров, утвержденном Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г. N 3116-1 (далее - Положение о претензионном порядке).

Названное Положение о претензионном порядке устанавливало претензионный порядок урегулирования споров между "предприятиями, учреждениями, организациями, органами государственной власти и управления... гражданами-предпринимателями" <1>. При этом в

литературе того периода указывалось: "Суть претензионного порядка урегулирования разногласий заключается в том, что ответчику заранее (т.е. до его обращения в арбитражный суд за защитой нарушенных прав) предъявляются требования, касающиеся наличия у организации или гражданина-предпринимателя имущественных либо неимущественных претензий к нему. Претензионный порядок в определенной степени охраняет интересы самого ответчика, поскольку позволяет ему удовлетворить предъявленные требования в добровольном порядке, и следовательно, избежать дополнительных расходов в случае передачи спора на разрешение арбитражного суда" <2>.

<1> Пункт 1 Положения о претензионном порядке.

<2> Быков А.Г., Витрянский В.В. Предприниматель и арбитражный суд: Практическое пособие. М., 1992. С. 39.

Положение о претензионном порядке утратило силу в связи с введением АПК РФ 1995 г. (т.е. с 1 июля 1995 г.) <1>. Первопричиной этому было правило, содержащееся в данном Положении и допускающее беспорное списание со счета признанной должником суммы (п. 6 Положения о претензионном порядке).

<1> Утратило силу и Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 1992 г. N 14 "О вопросах, связанных с применением арбитражными судами Положения о претензионном порядке урегулирования спора" - оно признано утратившим силу Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 июля 1995 г. N 27.

К сожалению, взамен Положения о претензионном порядке законодатель не предложил сколько-нибудь похожего акта. В результате при достаточно активном (а иногда в силу закона - обязательном) использовании данного способа урегулирования споров можно говорить о том, что общие положения претензионного порядка урегулирования спора законодательно не установлены.

Вероятно, нет причин вовсе отвергать за (утратившим силу) Положением о претензионном порядке свойства регулировать соответствующие отношения, поскольку оно продолжает использоваться (за исключением пунктов, не соответствующих положениям действующего законодательства) и в силу ст. 5 ГК РФ может рассматриваться как обычай делового оборота - широко применяемое правило поведения, не закрепленное в законодательстве.

Вместе с тем отсутствие законодательно установленных общих положений претензионного порядка урегулирования спора, безусловно, порождает на практике ряд проблем. Последние приобретают особую значимость по причине установленных в законодательстве негативных последствий несоблюдения претензионного порядка (и это при том, что высшие судебные инстанции предпринимают попытки создать ориентиры для решения вопроса о соблюдении спорящими сторонами установленного законом претензионного порядка урегулирования спора) <1>. Эти последствия подлежат применению в случаях, когда стороной не был соблюден претензионный порядок урегулирования спора, причем "под несоблюдением претензионного порядка понимается не только непредъявление претензии, но и нарушение порядка ее предъявления" <2> (применительно к предъявителю претензии), а также отсутствие ответа на претензию или нарушение порядка представления ответа на нее (со стороны адресата претензии). К таким негативным последствиям, в частности, относятся:

<1> См., например, п. 13 Обзора практики применения арбитражными судами Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, утвержденного информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. N 81; некоторые пункты Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 октября 2005 г. N 30 "О некоторых вопросах практики применения Федерального закона "Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации".

<2> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 13 февраля 2007 г. по делу N Ф03-А73/06-1/5326.

- возвращение искового заявления судом (ч. 1 ст. 135 ГПК РФ) <1>;

<1> АПК РФ прямо не предусматривает возвращение искового заявления арбитражным судом в случае несоблюдения претензионного порядка, однако подобное правило выводится из его норм. В силу п. 7 ст. 126 АПК РФ к исковому заявлению необходимо приложить документы, подтверждающие соблюдение истцом претензионного или иного досудебного порядка, если он предусмотрен федеральным законом или договором. Согласно ч. 1 ст. 128 АПК РФ арбитражный суд, установив нарушение требований, установленных ст. ст. 125 и 126 АПК РФ, оставляет заявление без движения. В случае неустранения обстоятельств, послуживших основанием для

оставления искового заявления без движения (а они не могут быть устранены, если претензионный порядок не был соблюден), исковое заявление по правилам п. 4 ч. 1 ст. 129 АПК РФ возвращается.

- в случае, если исковое заявление было принято к производству, оставление его без рассмотрения <1> (п. 2 ст. 148 АПК РФ; ст. 222 ГПК РФ);

<1> См., например, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11 сентября 2006 г. по делу N А11-15968/2005-К1-6/669.

- независимо от результатов рассмотрения дела отнесение судебных расходов на лицо, которое явилось нарушителем претензионного порядка урегулирования спора, например, в случае нарушения срока представления ответа на претензию, оставление претензии без ответа <1> (ч. 1 ст. 111 АПК РФ).

<1> Думается, что законодатель был не совсем точен, указывая на допустимость отнесения судебных расходов на лицо, участвующее в деле. По всей видимости, речь может идти только об истце, ответчике или третьем лице, заявляющем самостоятельные требования относительно предмета спора.

Примечательно, что проблемы с применением упомянутых последствий возникают и в ситуации, когда обязательный претензионный порядок установлен законом, и в тех случаях, когда он рекомендован к использованию законом (или иным нормативным правовым актом), но не устанавливается в качестве обязательного, и в тех случаях, когда закон допускает использование претензионного порядка, не регламентируя его, и он предусматривается соглашением сторон. Говоря о претензионном порядке, обязательность которого предусмотрена законом, претензионном порядке, рекомендуемом законом претензионном порядке и договорном претензионном порядке (установленном соглашением сторон), нельзя оставлять без внимания существование между ними принципиальных отличий.

Претензионный порядок в некоторых случаях прямо предусматривается федеральным законодательством, которое при этом устанавливает его обязательность. И стороны отношений, подпадающих под регулирование того или иного федерального закона, обязаны обратиться к использованию этого претензионного порядка (и не могут своим соглашением отказаться от его использования). Такого рода положения содержатся, например, в нормах п. 2 ст. 452, п. п. 1, 2 ст. 797 ГК РФ; п. 1 ст. 161 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ; п. 3 ст. 124 Воздушного кодекса РФ; п. 1 ст. 403 Кодекса торгового мореплавания РФ; абз. 1 ст. 120 Устава железнодорожного транспорта; п. 1 ст. 12 Федерального закона "О транспортно-экспедиционной деятельности".

Надо сказать, что сами положения об обязательности претензионного порядка (как они сформулированы в действующем законодательстве) создают впечатление, что претензионный порядок есть только обязательное в данных случаях условие обращения за судебной защитой. То есть существующая формулировка "до предъявления иска... обязательно предъявление претензии" <1> - свидетельствует о том, что до обращения в суд необходимо совершение некоторых дополнительных действий, смысла и значения которых закон не раскрывает. В силу такого законодательного установления и при наличии в законе негативных последствий несоблюдения претензионного порядка нельзя удивляться тому, что претензия, рассматриваемая в иностранных правовых порядках как сильное и действенное средство правовой защиты, в российской практике признается скорее дополнительным обременением лица, права которого нарушены.

<1> Подобная же формулировка использована и в ч. 5 ст. 4 АПК РФ: "Если для определенной категории споров федеральным законом установлен претензионный или иной досудебный порядок урегулирования либо он предусмотрен договором, спор передается на разрешение арбитражного суда после соблюдения такого порядка".

Такое понимание претензионного порядка (только как условия обращения за судебной защитой) является, конечно, неверным, поскольку задача претензионного порядка - способствовать урегулированию спора самими сторонами, создавать условия для их непосредственных переговоров с целью ликвидации возникшего конфликта <1>.

<1> Претензионный порядок нацелен на ликвидацию спора (если предъявленная претензия признается адресатом претензии), но и при недостижении такого результата претензионный порядок урегулирования спора может перерасти в иную форму урегулирования спора. Например, стороны обязательственного отношения, бесплодно исчерпавшие возможности претензионного

порядка (претензия была направлена одной стороной, но, рассмотрев претензию, другая сторона не признала ее), могут перейти к непосредственным переговорам или переговорам с участием посредника (примирительная процедура с участием посредника). И таким образом, неурегулирование спора в результате использования претензионного порядка не предполагает немедленного обращения в суд с исковыми требованиями, а допускает использование сторонами иных примирительных процедур.

Однако созданию негативного ореола применительно к обязательному претензионному порядку урегулирования спора способствует не только формулировка соответствующих норм в законодательстве. Этому в гораздо большей степени служат установленные в законе негативные последствия несоблюдения обязательного претензионного порядка (о них говорилось выше), которые препятствуют стороне, которая нарушила претензионный порядок, обратиться в суд за рассмотрением и разрешением спора.

Как показывает анализ законодательства и судебно-арбитражной практики, установление законом обязательного претензионного порядка, несоблюдение которого лишает сторону возможности передать дело на рассмотрение арбитражного суда (ее заявление подлежит возвращению, а если оно принято к производству - оставлению без рассмотрения), по своей сути представляет лишение права на обращение в арбитражный суд. И таким образом, ограничивается право на судебную защиту лица, право которого нарушено, но претензионный порядок не использован.

С учетом этого хотелось бы отметить, что устанавливаемая в некоторых случаях законом обязательность (принуждение к использованию) примирительной процедуры является фактором, снижающим эффективность этой процедуры: стороны формально обмениваются документами, чтобы создать возможность для нормального рассмотрения дела в суде. Такая позиция спорящих сторон объясняется отчасти тем, что обязательность претензионного порядка противоречит основному принципу всякой примирительной процедуры (добровольности), отчасти - значительным формализмом, чуждым всякой примирительной процедуре, отчасти - особенностями человеческой природы, которой противно всякое принуждение. В современных российских реалиях можно указать и еще один субъективный фактор - использование законодательных положений не в соответствии, а в большинстве случаев и вопреки их цели и содержанию. Учитывая это, а также то, что как отечественные, так и иностранные специалисты все больше говорят о необходимости отказа от обязательности применительно к использованию примирительных процедур урегулирования спора, думается, этот вопрос нуждается в пересмотре <1>.

<1> Еще в конце XIX в. Е.А. Нефедьев писал, что в силу излишнего рвения в принуждении к использованию примирительных процедур "склонение сторон к миру превратилось (в особенности в городах) в простую формальность, которая исполнялась лишь потому, что не могла быть обойдена (по крайней мере, со стороны истца) в силу предписания закона" (Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 32).

В то же время представляется правильным закрепление в процессуальном законодательстве иных негативных последствий несоблюдения обязательного претензионного порядка - отнесение судебных расходов на лицо, которое явилось нарушителем претензионного порядка урегулирования спора независимо от результатов рассмотрения дела (ч. 1 ст. 111 АПК РФ) <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 августа 2007 г. по делу N А56-2914/2007.

В рамках настоящей работы должен быть назван и претензионный порядок, использование которого рекомендовано федеральным законодательством (но не предусматривается в нем в качестве обязательного) либо иными нормативными правовыми актами. Это, например, случаи, предусмотренные п. 4 ст. 55 Федерального закона "О связи"; абз. 1 ст. 37 Федерального закона "О почтовой связи". Этот претензионный порядок (нормативный претензионный порядок) не является обязательным, вследствие чего недопустимо понуждение к его использованию. Таким образом, в тех случаях, когда претензионный порядок рекомендован к использованию федеральным законом (не устанавливающим его в качестве обязательного) или иным нормативным правовым актом, не подлежат применению ч. 1 ст. 111, п. 8 ч. 2 ст. 125, п. 2 ст. 148 АПК РФ.

Другая разновидность претензионного порядка - это претензионный порядок, который допускается федеральным законодательством, но не предусматривается в качестве обязательного.

Важно отметить, что законодатель, устанавливая возможность сторон обратиться с претензией в случаях нарушения прав одной из них либо возникновения правовой или фактической неопределенности, прямо не называет порядок реализации этой возможности претензионным порядком урегулирования спора. И таким образом, при рассмотрении дела арбитражный суд кассационной инстанции указывает, что ст. 619 ГК РФ (предусматривающая возможность арендодателя требовать досрочного расторжения договора после направления арендатору письменного предупреждения о необходимости исполнения им обязательства по оплате в разумный срок) устанавливает досудебный порядок урегулирования спора <1>. Более того, действующее законодательство, предусматривая отказ от исполнения, извещение о приостановлении, уведомление о расторжении, извещение о нарушении и др., вовсе не упоминает, что данные действия должны осуществляться посредством направления претензии.

<1> Постановление ФАС Уральского округа от 10 апреля 2007 г. по делу N Ф09-2052/07-С6.

Результатом подобного законодательного урегулирования является то, что в большинстве случаев стороны даже и не задумываются о важности и необходимости предъявления претензии, что работает против них при рассмотрении соответствующих исковых требований в суде.

Из норм законодательства не усматривается со всей очевидностью и возможность стороны - предполагаемого нарушителя ответить на претензию, хотя из смысла законодательства вытекает, что такая возможность, безусловно, существует и в случае своевременного реагирования на претензию (например, заменой некачественной вещи качественной либо немедленным предоставлением недостающей документации) не исключено урегулирование спора между сторонами еще на этапе его зарождения.

Таким образом, законодательство, допуская в качестве общего правила возможность предъявления претензии, не устанавливает обязательность соблюдения сторонами этого претензионного порядка. Такой претензионный порядок, по сути, лишен не только общих законодательных основ, но и вовсе не урегулирован законом (за исключением отдельных частных вопросов, например, сроков предъявления претензии). Это и обосновывает необходимость установления претензионного порядка урегулирования спора соглашением сторон, т.е. установления договорного претензионного порядка урегулирования спора.

Допустимость использования такого (договорного) претензионного порядка, позволяющая направить должнику претензию соответствующего содержания, вытекает, в частности, из положений ст. 311, п. 2 ст. 328, абз. 1 и 3 п. 2 ст. 344, п. 4 ст. 357, п. 1 ст. 376, п. 2 ст. 405, п. 1 ст. 463, ст. ст. 464, 466, 468, п. п. 1, 2 ст. 475, п. п. 1, 2 ст. 480, п. 1 ст. 482, ст. 483, п. 3 ст. 484, п. п. 4, 5 ст. 486, п. 2 ст. 489, абз. 2. ст. 490, п. 3 ст. 495, ст. 503, п. 3 ст. 509, п. 3 ст. 511, п. 2 ст. 514, п. 2 ст. 515, п. 1 ст. 518, п. 1 ст. 519, п. 2 ст. 520, п. п. 1, 4 ст. 523, п. 2 ст. 542, абз. 2 п. 1 ст. 546, п. 1 ст. 612, абз. 3 п. 1 ст. 616, п. п. 2, 3 ст. 715, п. п. 2, 3 ст. 716, ст. 719, п. п. 1, 3 ст. 723, ст. 731, ст. 739 и других положений ГК РФ. Названные в перечисленных нормах действия требуют доведения их до сведения другой стороны (сторон) правоотношения.

Развивая идею О.А. Красавчикова, относившего уведомление об определенных фактах к категории юридических поступков <1>, следует говорить о том, что не только и не столько в уведомлении состоит непосредственная цель предъявления претензии. Цель претензии - в доведении требования предъявителя претензии до сведения предполагаемого нарушителя (претензия от лат. *praetensio* - требование), т.е. в формировании претензионного требования.

<1> См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1958, С. 157.

Например, в силу положений п. 1 ст. 723 ГК РФ в ситуации ненадлежащего выполнения подрядчиком работ по договору строительного подряда заказчик должен определить требование, которое он сформулирует в претензии. Будет ли это требование о безвозмездном устранении недостатков, соразмерном уменьшении цены работы или возмещении расходов заказчика, затраченных на устранение недостатков, определить предстоит заказчику. Другие статьи ограничивают возможности лица, право которого полагается нарушенным, возможностью заявить одно требование (см. п. 2 ст. 896 ГК РФ, согласно которому хранитель при просрочке уплаты вознаграждения вправе отказаться от исполнения договора и потребовать от поклажедателя забрать сданную им вещь).

В условиях отсутствия правового регулирования претензионного порядка (не признаваемого законодательством в качестве обязательного) следует подчеркнуть важность его договорной регламентации (установление его соглашением сторон). И, как показывает практика, соглашения о претензионном порядке урегулирования спора отнюдь не редкость: стороны, как правило, оформляют соглашение о претензионном порядке в виде самостоятельных условий в основном договоре. Заключая соглашение о претензионном порядке, стороны конкретизируют, в частности,

порядок взаимодействия, сроки предъявления и рассмотрения претензии, форму претензии, требования к подтверждающим документам.

Вместе с тем не являются исключением ситуации, когда, закрепляя в договоре условие о претензионном порядке урегулирования спора, стороны не устанавливают порядок его проведения. В этих случаях, если спор попадает на рассмотрение суда, суды затрудняются в решении вопросов о том, было ли заключено сторонами соглашение о претензионном порядке, был ли соблюден претензионный порядок и т.д.

По всей видимости, для решения указанных вопросов необходимо прежде всего определить, имеет ли место соглашение о претензионном порядке. При этом следует исходить из посылки, что если стороны закрепили в договоре одно лишь условие об использовании претензионного порядка (никак не конкретизировав, в частности, сроки предъявления и рассмотрения претензии), говорить о том, что ими было заключено соглашение о претензионном порядке, нельзя: здесь имеет место лишь соглашение о намерении использовать претензионный порядок.

Важно отметить, что в подобных случаях исходя из отсутствия между сторонами соглашения о примирительной процедуре не могут быть применены, например, ч. 1 ст. 111, п. 8 ч. 2 ст. 125, п. 2 ст. 148 АПК РФ.

Как показывает практика, нередко заинтересованная сторона указывает на несоблюдение претензионного порядка другой стороной в условиях существования соглашения, которое явно не относится к соглашению о претензионном порядке.

Так, ОАО обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании с ЗАО задолженности за поставленные энергоресурсы, а также пени за просрочку платежа <1>. Решением, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции, исковые требования были удовлетворены частично (сумма пеней была уменьшена на основании ст. 333 ГК РФ).

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 30 мая 2007 г. по делу N Ф04-2754/2007(33947-А46-24). См. также Постановления ФАС Московского округа от 18 апреля 2007 г. по делам N КГ-А41/2599-07, N КГ-А41/2539-07.

Обжалуя в кассационном порядке состоявшиеся по делу судебные акты, ответчик указывал, что суд, оставив без внимания то, что истцом не был соблюден досудебный порядок урегулирования спора, установленный п. 16 заключенного сторонами договора, не применил подлежащую применению ст. 148 АПК РФ.

При рассмотрении кассационной жалобы суд кассационной инстанции указал следующее.

Пунктом 16 договора, заключенного сторонами, предусматривалось, что все разногласия, возникающие при заключении, изменении, исполнении и расторжении договора, разрешаются полномочными представителями сторон путем переговоров; в силу невозможности разрешения разногласий путем переговоров они подлежат рассмотрению в Арбитражном суде Омской области в установленном законодательством порядке.

Согласно ст. 431 ГК РФ при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

При буквальном толковании п. 16 заключенного сторонами договора суд апелляционной инстанции пришел к правомерному выводу о том, что сторонами не согласована форма, порядок и сроки предъявления и рассмотрения претензии, поэтому данное условие договора в сформулированной сторонами редакции не позволяет сделать вывод об установлении сторонами претензионного (досудебного) порядка урегулирования спора.

В силу изложенного, как указал суд кассационной инстанции, у судов нижестоящих инстанций отсутствовали основания для применения ст. 148 АПК РФ об оставлении искового заявления без рассмотрения.

В целом поддерживая подход, изложенный в данном судебном акте, нельзя не отметить, что установление в основном договоре условия о том, что стороны будут разрешать разногласия (или спор) путем переговоров, представляет собой заключение соглашения о переговорах (т.е. непосредственных переговорах сторон без участия примирителя). Отождествлять переговоры и претензионный порядок недопустимо <1>, поскольку это самостоятельные разновидности примирительных процедур, отличие которых, в частности, проявляется в том, что переговоры предусматривают устное взаимодействие спорящих сторон, а претензионный порядок урегулирования спора - всегда письменная процедура.

<1> В Постановлении ФАС Московского округа от 18 апреля 2007 г. по делу N КГ-А41/2599-07 указывается следующее: "Претензионный порядок урегулирования спора можно признать установленным только в случае, если в договоре определены конкретные требования к форме претензии, а также порядку и срокам ее предъявления и рассмотрения. Иной досудебный порядок

можно признать установленным, если договор содержит четкую запись об установлении такого порядка. Указание на ведение переговоров в целях урегулирования возникших споров не может быть расценено установлением обязательного досудебного (претензионного) порядка урегулирования споров".

С учетом сказанного соглашение о претензионном порядке урегулирования спора по крайней мере должно содержать четкое указание на вид примирительной процедуры (здесь - претензионный порядок) и устанавливать некоторые сроки: например, сроки предъявления претензии, сроки ее рассмотрения.

Разбирая вопросы претензионного порядка, предусмотренного соглашением сторон, нельзя не отметить, что он должен отвечать общим принципам примирительных процедур, и в частности основополагающему принципу примирительных процедур - принципу добровольности, о котором говорилось выше. Этот принцип применительно к претензионному порядку урегулирования спора, установленному соглашением сторон (как разновидности примирительных процедур), подразумевает только добровольное обращение спорящих сторон к его использованию при том, что, даже и начав его, сторона (стороны) на любом этапе может прекратить его использование.

Таким образом, любая сторона соглашения о претензионном порядке может отказаться от обращения к этой примирительной процедуре; понуждение к использованию договорной процедуры примирения, установленной соглашением сторон, недопустимо как противоречащее основному принципу примирительных процедур. Следовательно, вне зависимости от того, содержатся ли в соглашении о претензионном порядке указание на последствия его несоблюдения (в виде лишения другой стороны права предъявления иска) либо нет, сторона, отказавшаяся от претензионного порядка, который установлен соглашением сторон, не может быть понуждаема к использованию этой примирительной процедуры.

Данный вывод, к сожалению, не находит поддержки в АПК РФ, который, напротив, предусматривает обязательность соблюдения претензионного порядка не только установленного законом, но и предусмотренного договором сторон. Речь идет о положениях действующего процессуального законодательства, допускающих возвращение искового заявления по причине несоблюдения предусмотренного договором претензионного порядка, и положениях, согласно которым, если исковое заявление было принято к производству, последует оставление его без рассмотрения, если истцом не соблюден предусмотренный договором претензионный порядок урегулирования спора.

Думается, назрела серьезная потребность пересмотра данных положений применительно к договорному претензионному порядку: обязательными примирительными процедурами признаются во всем мире только процедуры, специально указанные в законе в качестве обязательных; примирительные процедуры, установленные соглашением сторон, подчиняются общему принципу добровольности примирительных процедур, а потому не могут быть рассматриваемы как обязательные. Нормы процессуального права, нацеленные на понуждение сторон к использованию претензионного порядка урегулирования спора, не должны применяться к случаям, когда претензионный порядок не признается законом обязательным и установлен соглашением сторон. Их применение серьезно ограничивает право сторон на предъявление иска при том, что говорить об обязательности претензионного порядка, если он установлен соглашением сторон, оснований не имеется <1>.

<1> Вследствие сказанного, думается, процессуальное законодательство в этой части нуждается в изменении путем исключения положений об обязательности соблюдения договорного претензионного порядка.

Схожее мнение, но с другим обоснованием, высказывает М.Г. Розенберг (применительно к договорам международной купли-продажи, содержащим оговорку о претензионном порядке), указывая: "Включенное в контракт условие о претензионном порядке, независимо от того, предусматривает оно или не предусматривает последствия его несоблюдения, не может служить препятствием для реализации покупателем его процессуального права на предъявление иска" <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.Г. Розенберга "Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2006 (издание третье, исправленное и дополненное).

<1> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М.: Статут, 2004. С. 260.

Вышесказанное, однако, не означает, что стороны, избравшие примирительную процедуру в форме претензионного порядка урегулирования спора и заключившие об этом соглашение (соглашение о претензионном порядке), должны быть вовсе избавлены от негативных последствий его несоблюдения.

Во-первых, несоблюдение претензионного порядка оказывает серьезное влияние на объем удовлетворения исковых требований, а иногда и на саму возможность их удовлетворения. Это утверждение прямо подтверждается п. 2 ст. 483 ГК РФ, согласно которому в случае пропуска покупателем срока на извещение о количестве или качестве (т.е. предъявление претензии по количеству или качеству с нарушением срока) продавец вправе отказаться удовлетворять требования о передаче недостающего товара или замене некачественного товара <1>.

<1> При условии, что продавец докажет, что невыполнение этого правила покупателем повлекло невозможность удовлетворить его требования или влечет для продавца несоизмеримые расходы по сравнению с теми, которые он понес бы, если бы был своевременно извещен о допущенном нарушении.

Во-вторых, к стороне, отказавшейся от использования установленной договором примирительной процедуры, применимы меры, предусмотренные, в частности, ч. 1 ст. 111 АПК РФ. То есть на нее как на лицо, которое явилось нарушителем претензионного порядка урегулирования спора, независимо от результатов рассмотрения дела относятся судебные расходы.

Надо сказать, что обращение к претензионному порядку урегулирования спора возможно не только в ситуациях, когда этот порядок предусмотрен федеральным законом в качестве обязательного, рекомендованного или его применение согласовано сторонами договора. Обращение к использованию претензионного порядка допустимо и в иных случаях: любая из сторон гражданского отношения вправе предъявить другой его стороне претензию и в отсутствие установленного законом или соглашением сторон претензионного порядка.

Предъявление претензии может быть продиктовано предположением о наличии фактической либо правовой неопределенности в правоотношении или установлением факта нарушения субъективного права. Соответственно, в содержание претензии может включаться, например, извещение о некомплектности товара или несоответствии выполненным работ требованиям по качеству либо уведомление о причинении внедоговорного вреда, причинителем которого, по мнению субъекта защиты, является адресат и т.п., а также конкретное требование предъявителя претензии. Такого рода случаи охватываются понятием "уведомительная претензия". В рамках анализа предъявления такого рода уведомительных претензий (претензий, предъявляемых в отсутствие установленного законом или согласованного сторонами претензионного порядка) важным является следующее. Отсутствие как установленной законом обязательности использования претензионного порядка, так и соглашения о претензионном порядке исключает возможность применения негативных последствий, установленных ч. 1 ст. 135, ст. 222 ГПК РФ, ч. 1 ст. 111, п. 2 ст. 148 АПК РФ, в том случае, если они предпринимали попытку использования претензионного порядка.

С учетом сказанного предъявить претензию вправе и лицо, не связанное вытекающей из закона или договора обязанностью использовать претензионный порядок, но которое полагает, что защита его нарушенных (оспариваемых) прав получит эффективную защиту именно путем использования этой процедуры либо предъявление претензии поможет разрешить существующую фактическую или правовую неопределенность.

Следовательно, можно выделить четыре разновидности претензионного порядка урегулирования спора:

1) обязательный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, обязательность которого установлена федеральным законом);

2) нормативный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, рекомендации об использовании которого содержатся в законодательстве и иных нормативных правовых актах при том, что данный порядок не предусмотрен федеральным законом в качестве обязательного);

3) договорный претензионный порядок урегулирования спора (претензионный порядок, согласованный сторонами в договоре);

4) уведомительный претензионный порядок (претензионный порядок, который используется в отсутствие соглашения о его использовании сторонами конкретного договора).

Адресат претензии (предполагаемый нарушитель прав) должен рассмотреть претензию и по результатам рассмотрения дать ответ предъявителю претензии. При этом, как подчеркивается в литературе, "результатом рассмотрения обоснованно заявленной претензии должно быть ее удовлетворение" <1>.

<1> Нехороших А.М. Претензионное производство как институт предварительного урегулирования споров, возникающих из правоотношений по железнодорожной перевозке грузов: Автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2004. С. 19.

Рассмотрение претензии представляет собой действия адресата претензии, предполагающие не только решение вопроса обоснованности или необоснованности претензии, но и определение плана дальнейших действий в отношении предъявленного в претензии требования (претензионного требования). Отрицательный результат рассмотрения претензии (подразумевающий отказ в удовлетворении, отклонение претензии) может влечь как совершение действия по уведомлению предъявителя претензии, так и несовершение такового (молчание). Положительный же результат рассмотрения претензии (подразумевающий согласие с претензией, удовлетворение претензии) предполагает не только уведомление предъявителя претензии о согласии с претензией, но и совершение адресатом претензии действий по исполнению требования, содержащегося в претензии.

Ответ на претензию, как и предъявление претензии, представляет собой юридический поступок, влекущий правовые последствия. Это утверждение подтверждено судебной практикой: п. 20 совместного Постановления Пленумов высших судебных инстанций об исковой давности <1> относит действие по признанию претензии либо частичное признание претензии об уплате долга (если последний имеет под собой только одно основание, а не складывается из различных оснований) к действиям, свидетельствующим о признании долга в целях перерыва течения срока исковой давности. Подобно цели претензии, состоявшей в том, чтобы довести до сведения предполагаемого нарушителя требование предъявителя претензии, цель ответа на претензию - довести до сведения предъявителя претензии позицию в отношении предъявленного требования (претензионного требования), сформировавшуюся по результатам его рассмотрения. Поэтому ответ на претензию является обязательным этапом претензионного порядка.

<1> Речь идет о Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12, 15 ноября 2001 г. N 15/18 "О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности".

Молчание адресата претензии по общему правилу признается отрицательным ответом - отказом в удовлетворении претензии <1>. Однако нельзя не отметить и того, что молчание (неответ) на претензию рассматривается как нарушение претензионного порядка со стороны адресата претензии, что в случае передачи спора на разрешение суда приводит к возложению судебных расходов именно на адресата претензии вне зависимости от результатов рассмотрения дела.

<1> В то же время, если претензионный порядок урегулирования спора был установлен договором и стороны закрепили отличное от общего правило, то действует это правило. Иллюстрацией сказанному является случай, описанный М.Г. Розенбергом: "В практике арбитража при ТПП встретился случай, когда стороны предусмотрели в контракте, что при неответе на претензию в установленный срок претензия считается признанной. Исходя из того, что молчание продавца в данном случае означает признание претензии, арбитраж удовлетворил иск, не рассматривая возражения ответчика по существу требования, представленные после истечения срока на ответ на претензию" (Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. 1995. С. 158 - 159).

Нередко в случае нарушения (оспаривания) прав одной стороны отношения контрагенты прибегают к обычной переписке (как посредством почтовой связи, так и с использованием факса, телеграфа, электронной почты и других средств связи). В процессе переписки они поочередно излагают свою точку зрения на сложившуюся ситуацию, постепенно переходя к формулированию собственно требования, с одной стороны, и ответа на него - с другой. Обычная переписка неэффективна и нередко себя не оправдывает, поскольку переговоры растягиваются на длительный срок и это имеет негативные последствия как для имущественной сферы сторон, так и для их отношений между собой.

С учетом сказанного, думается, необходимо более широкое использование возможностей претензионного порядка урегулирования спора. Его использование (даже и без установления соответствующих условий в договоре), во-первых, создает предпосылки для урегулирования спора между сторонами (например, в случае исполнения нарушителем требования, содержащегося в претензии); во-вторых, позволяет определить тот способ защиты гражданских прав, который избрал предъявитель претензии (например, взыскание неустойки, расторжение договора и др.).

Говоря вообще о значимости претензионного порядка урегулирования спора, следует указать, что основная задача его применения состоит в том, чтобы побудить стороны

самостоятельно урегулировать возникший конфликт или ликвидировать обнаружившуюся неопределенность в их отношениях. Его использование позволяет стороне, права которой полагаются нарушенными, довести до сведения другой стороны (предполагаемого нарушителя) свои требования, а нарушителю - добровольно удовлетворить обоснованные требования, не допуская переноса возникшего спора на рассмотрение суда. Но не только эта задача характеризует претензионный порядок: его использование содействует созданию прочной доказательственной базы в случае, если спор сторонами не был урегулирован и передается на рассмотрение и разрешение суда.

Таким образом, особенностью претензионного порядка урегулирования спора является то, что он исполняет две функции:

- примирительную, поскольку нацелен на урегулирование спора между сторонами (или ликвидацию неопределенности в их отношениях) путем доведения требования одной стороны до сведения другой стороны и результатов их рассмотрения другой стороной;

- доказательственную, поскольку служит доказательством предъявления одним лицом требования другому лицу (а нередко и результатов рассмотрения этого требования другим лицом).

С учетом сказанного претензионный порядок урегулирования спора - это примирительная процедура, началом которой является направление одной стороной претензии, содержащей требование об определенном поведении, в адрес другой стороны (предполагаемого нарушителя). Следующим этапом данной процедуры является рассмотрение этой претензии другой стороной и ответ на нее (положительный либо отрицательный); затем могут последовать переговоры сторон. Завершение этой примирительной процедуры предполагается в случае, во-первых, согласия одной из сторон (предполагаемого нарушителя) с предъявленным требованием и принятием на себя соответствующих обязанностей; во-вторых, заключения взаимоприемлемого для сторон соглашения; в-третьих, отклонения претензии или молчания предполагаемого нарушителя, что влечет за собой оставление попыток урегулировать спор и обращение заинтересованной стороны в суд для разрешения спора, если это правовой спор.

2. Примирительная процедура с привлечением примирителя (согласительная процедура) серьезно отличается, в частности, от процедуры непосредственных переговоров, которая происходит в некотором роде стихийно. В силу этого согласительная процедура нуждается в дополнительном согласовании самими спорящими сторонами ряда моментов. То есть для использования сторонами этой разновидности примирительных процедур необходимо заключение специального соглашения (соглашения о примирительной процедуре), в котором, как указывалось выше, они могут сделать ссылку на конкретный примирительный (согласительный) регламент <1> или самостоятельно определить условия, которым, по их мнению, должна отвечать избираемая ими примирительная процедура. Так, стороны могут определить основные важные для проведения согласительной процедуры аспекты: требования к примирителю, сроки и место проведения процедуры, порядок начала и завершения процедуры, ограничение использования информации и материалов, раскрытых при проведении примирительной процедуры и т.д. В случае отсутствия соглашения сторон относительно этих вопросов порядок проведения согласительной процедуры будет определяться примирителем (либо организацией, оказывающей примирительные услуги).

<1> В частности, Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ предусматривает следующую типовую оговорку: "Все возможные споры, возникающие из настоящего договора/соглашения или в связи с ним, стороны попытаются урегулировать мирным путем посредством согласительной процедуры, осуществляемой в соответствии с действующим Согласительным регламентом Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации" (<http://www.tpprf-mkac.ru/>).

Помимо прочего и сама согласительная процедура предусматривает большее количество этапов, нежели примирительная процедура без участия примирителя. И, следует отметить особо, содержание этих этапов несколько различается в зависимости от вариантов, которых принято выделять два: первый - когда имеется соглашение сторон о примирительной процедуре с участием примирителя и второй - когда такое соглашение между сторонами отсутствует <1>. Схематично порядок проведения согласительной процедуры можно изложить следующим образом:

<1> Подробнее об этом см., например: Вилкова Н.Г. Когда все довольны // Закон. 2003. N 12. С. 74 - 76.

1) обращение к примирителю с заявлением о начале согласительной процедуры.

Первый вариант предусматривает, что любая сторона или обе стороны, желающие использовать согласительную процедуру, должны направить заявление в организацию, оказывающую примирительные услуги, которое должно содержать:

- данные о сторонах спора и их представителей;
- описание самого спора, включая оценку его стоимости;
- данные об избранном спорящими сторонами примирителе, а в отсутствие его избрания - требования к примирителю, изложенные в соглашении сторон;
- копию соглашения о примирительной процедуре с участием примирителя, на котором основано заявление;
- регистрационный сбор, сумма которого определяется в соответствии с приложением к регламенту организации, оказывающей примирительные услуги (его неуплата влечет за собой нерассмотрение заявления).

Второй вариант предусматривает, что сторона, которая желает использовать согласительную процедуру, обращается с заявлением в организацию, оказывающую примирительные услуги, указывая:

- данные о сторонах спора и их представителей;
- описание самого спора, включая оценку его стоимости;
- любые предложения о требованиях к примирителю или предложение о кандидатуре примирителя, который может быть избран сторонами;
- регистрационный сбор, сумма которого определяется в соответствии с приложением к регламенту организации, оказывающей примирительные услуги (его неуплата влечет за собой нерассмотрение заявления);

2) обращение к другой спорящей стороне с предложением об использовании согласительной процедуры.

Этот этап предусматривается для случаев, когда заявление подавалось не совместно спорящими сторонами, а одной из них. Предполагается, что заявление, направленное в организацию, оказывающую примирительные услуги, одновременно направляется другой спорящей стороне.

Если этого сделано не было, то организация, оказывающая примирительные услуги, незамедлительно уведомляет другую сторону спора о поступлении указанного заявления и предлагает в течение определенного срока (обычно он не превышает 15 - 30 дней с момента получения и устанавливается в соглашении сторон о примирительной процедуре, а при его отсутствии определяется регламентом организации, оказывающей примирительные услуги) уведомить организацию о своем согласии или отказе участвовать в согласительной процедуре;

3) ответ другой стороны спора на предложение о проведении согласительной процедуры.

Этот этап также предусматривается для случаев, когда заявление подавалось не совместно спорящими сторонами, а одной из них (в любом из названных вариантов).

Если в установленный срок ответ другой спорящей стороны не последует либо эта сторона прямо откажется от проведения согласительной процедуры, заявление о проведении согласительной процедуры не будет рассматриваться как принятое. В этом случае спорящие стороны должны быть проинформированы об этом. Здесь же следует подчеркнуть, что уплаченный регистрационный сбор в этом случае не возвращается.

Согласие же другой стороны на проведение согласительной процедуры кладет начало самой согласительной процедуре;

4) избрание и назначение примирителя.

Если спорящие стороны выразили желание использовать согласительную процедуру и избрали примирителя, то организация, оказывающая примирительные услуги, принимает к сведению этот выбор и уведомляет об этом избранного сторонами примирителя.

Если стороны избрали примирителя, но он выразил несогласие на проведение согласительной процедуры либо стороны не пришли к единому мнению в отношении примирителя, организация, оказывающая примирительные услуги, назначает примирителя (обычно в регламенте таких организаций указывается специальный порядок такого назначения), незамедлительно уведомляя обе стороны.

Примиритель, согласившийся с его избранием или назначением, представляет в организацию, оказывающую примирительные услуги, свою автобиографию и заявление о своей незаинтересованности (независимости), в котором он должен сообщить о всех фактах, которые могут вызывать у спорящих сторон сомнения в его беспристрастности. Эта информация должна быть предоставлена сторонам.

На этом этапе организация, оказывающая примирительные услуги, как правило, предлагает сторонам внести на депозит сумму в размере предполагаемых административных расходов организации, а также гонораров и расходов примирителя (или примирителей, если стороны решили привлечь к согласительной процедуре нескольких примирителей) <1>. Согласительная процедура не будет продолжена до получения такого депозита. По общему правилу расходы по

проведению согласительной процедуры стороны несут в равных частях, если соглашением они не предусмотрели другое. Все иные расходы, связанные с проведением согласительной процедуры, каждая из спорящих сторон несет самостоятельно;

<1> Например, Положением о сборах и расходах Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ (1) регистрационный сбор установлен в размере 9000 руб. (он не подлежит возврату); (2) гонорарный сбор предусмотрен в размере не менее 3000 руб. за один час работы посредника (независимо от конечного результата), однако "конкретный или окончательный размер гонорарного сбора в зависимости от сложности спора и предполагаемых затрат времени на его урегулирование определяется Председателем Коллегии по результатам консультаций со сторонами и посредником" (п. 2 ст. 3 Положения); (3) административный сбор установлен в размере 40%, начисляемых на сумму гонорарного сбора; (4) дополнительные расходы уплачиваются авансом в согласованном размере, необходимом для проведения соответствующего процедурного действия; (5) издержки сторон оплачиваются сторонами самостоятельно // Третейский суд. 2006. N 3. С. 155 - 156.

5) непосредственно процесс примирения сторон.

Данный процесс обычно начинается с выбора сторонами, во-первых, конкретной согласительной процедуры (об их разновидностях будет говориться далее), во-вторых, языка согласительной процедуры (если в этом есть необходимость). Стороны знакомят примирителя со своими аргументами, касающимися разногласий между ними, предоставляют ему информацию относительно самого спора (в том числе представляют различного рода документы и иные доказательства), объясняют ему свое видение возникшей ситуации и возможные пути выхода из нее и т.д. Исходя из полученной информации, примиритель осуществляет саму согласительную процедуру, например, проводя собеседование с обеими сторонами (или поочередно с каждой из сторон) и проч.

Здесь следует подчеркнуть, что в том случае, если размер внесенного депозита окажется недостаточным для покрытия всех предполагаемых расходов по согласительной процедуре, он может быть изменен. Организация, оказывающая примирительные услуги, может приостановить согласительную процедуру до внесения сторонами соответствующих платежей. Впрочем, до завершения согласительной процедуры, когда будет определен окончательный размер расходов по согласительной процедуре, сторонам могут быть возвращены излишне выплаченные суммы (если таковые были) либо выставлены дополнительные счета на уплату сумм расходов;

6) завершение согласительной процедуры.

Как уже говорилось выше, примиритель не выносит обязательного для сторон решения. Но если ему удалось склонить стороны к миру, в результате чего ими заключается соглашение об урегулировании (оно предусмотрено для случаев урегулирования производственного и иных конфликтов) или мировая сделка (сделка, заключаемая в случае урегулирования правового спора (спора о праве) или правовой неопределенности), то цель примирительного производства считается достигнутой, а само производство - законченным <1>. Это, безусловно, наилучший результат проведения согласительной процедуры.

<1> Ни Закон о международном коммерческом арбитраже, ни Закон о третейских судах не содержат ни одного положения о примирительной функции третейского судьи. Но примирение может осуществляться третейскими судами (арбитражами), если такая процедура предусмотрена согласительным регламентом соответствующего арбитража либо входит в качестве составной части в регламент арбитража (примирительное производство в рамках арбитража) (см. об этом, например: Зыкин И.С. Мирное урегулирование споров под эгидой Международного коммерческого арбитражного суда // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002. С. 78 - 87). В том случае, если примирение в арбитраже закончилось мировой сделкой сторон, то стороны вправе избрать арбитра-примирителя с его согласия арбитром, для того чтобы зафиксировать мировую сделку в виде арбитражного решения на согласованных условиях (ст. 30 Закона о международном коммерческом арбитраже) либо утвердить мировое соглашение определением (ст. 38 Закона о третейских судах).

Однако согласительная процедура может быть завершена и не столь удачно. Например, завершение согласительной процедуры может иметь место в том случае, если:

- примиритель пришел к выводу о том, что, по его мнению, согласительная процедура не приведет к урегулированию спора (об этом он должен уведомить спорящие стороны);
- сами стороны пришли к выводу о необходимости прекращения согласительной процедуры, о чем они должны уведомить примирителя;

- одна из сторон пришла к выводу о бесперспективности согласительной процедуры, о чем она должна уведомить другую сторону и примирителя;
- истек срок, установленный для проведения согласительной процедуры (если стороны своим соглашением не продлили этот срок);
- организация, оказывающая примирительные услуги, выставила счет, который не был оплачен одной или обеими сторонами.

Таким образом, перечень оснований для завершения согласительной процедуры достаточно широк.

С учетом вышесказанного можно говорить о том, что проведение всякой примирительной процедуры допускает заключение спорящими сторонами последовательно нескольких договоров:

- 1) соглашения о примирительной процедуре;
- 2) соглашения спорящих сторон с примирителем;
- 3) мировой сделки <1>.

<1> Подробно она будет рассмотрена в следующей главе настоящей книги; поскольку соглашение об урегулировании не является правовым договором, оно здесь рассматриваться не будет вовсе.

Итак, соглашение о примирительной процедуре - это соглашение о том, что спор, который уже возник или может возникнуть в будущем между сторонами, они будут пытаться урегулировать путем использования примирительных процедур. Характеризуя это соглашение, необходимо отметить следующее.

Во-первых, следует разграничивать соглашение о намерениях (по использованию примирительной процедуры) и соглашение о примирительной процедуре: первое представляет собой некий "набросок" соглашения о примирительной процедуре.

Соглашение о намерениях (по использованию примирительной процедуры) лишь закрепляет саму возможность ее использования сторонами. Такое соглашение - это создание дополнительных условий для выбора и использования примирительной процедуры; оно способствует тому, чтобы стороны начали переговоры о выборе примирительной процедуры, но не свидетельствует о том, что соглашение сторон в отношении самой процедуры достигнуто. В случаях, когда стороны не конкретизировали в своем соглашении примирительную процедуру и не указали сроков и порядка ее проведения, т.е., по сути, заключили соглашение о намерениях использовать примирительную процедуру, судам следует исходить из отсутствия между сторонами соглашения о примирительной процедуре. Вследствие этого не могут быть применены, например, ч. 1 ст. 111, п. 8 ч. 2 ст. 125, п. 2 ст. 148 АПК РФ.

Соглашение о примирительной процедуре представляет собой результат договоренности сторон относительно избранной ими примирительной процедуры. В этом соглашении следует конкретизировать саму процедуру, а также те требования, которым, по мнению спорящих сторон, должна отвечать избираемая ими примирительная процедура (путем согласования ряда условий, которые подробнее будут анализироваться в п. 2.2 ч. 2 настоящей главы). Стороны могут не только избрать примирительную процедуру, но и указать место ее проведения, порядок избрания и назначения примирителя (если это процедура с участием примирителя), сроки направления предложения о проведении примирительной процедуры и ответов на него и проч., либо, например, сделать отсылку к регламенту или правилам конкретной организации, оказывающей примирительные услуги.

В том случае, если стороны не сумели договориться о конкретной примирительной процедуре, но согласовали обращение к примирителю (и указали организацию, оказывающую примирительные услуги), то примирение будет осуществляться по правилам такой организации (обычно такое правило следует из согласительного регламента), что обуславливает необходимость ознакомления с ее согласительным (примирительным) регламентом.

Во-вторых, как и арбитражное соглашение, соглашение о примирительной процедуре допускает как его включение в основной договор (оговорка о примирительной процедуре), так и оформление самостоятельным договором (соглашение о примирительной процедуре). Развивая сказанное, нужно специально уточнить, что соглашение о примирительной процедуре допустимо заключать как при заключении основного договора, так и в период после возникновения спора, а в некоторых случаях - и после разрешения спора судом.

Соглашение спорящих сторон с примирителем, как это следует из самого его названия, имеет субъектный состав, отличающийся от соглашения о примирительной процедуре (которое, как указывалось выше, заключается спорящими сторонами). Сторонами данного соглашения являются спорящие стороны, с одной стороны, и лицо (лица), которое согласилось исполнять функции примирителя, - с другой. Оно обычно достигается по обращению спорящих сторон в организацию, оказывающую примирительные услуги, и выражении согласия примирителя,

которого избрали стороны или назначила организация, на осуществление данной деятельности (что является необходимым условием для вступления этого соглашения в действие).

Следует отметить и то, что данное соглашение предусматривает обязанность примирителя беспристрастно, независимо, компетентно и оперативно осуществить действия, направленные на примирение спорящих сторон, тогда как стороны обязаны оплатить эту деятельность примирителя вне зависимости от результата согласительной процедуры. Вряд ли это соглашение можно рассматривать как маклерский договор (о нем упоминалось в п. 1.3 ч. 1 настоящей главы).

Безусловно, на примирителя не может быть возложена ответственность за недостижение сторонами мировой сделки по проведению согласительной процедуры, а также за отказ от проведения согласительной процедуры (если дальнейшее ее проведение он считает бесперспективным). Однако обнаружившаяся пристрастность или заинтересованность примирителя либо выявившаяся в процессе проведения согласительной процедуры некомпетентность примирителя, а также задержка с реализацией примирителем его функций позволяют поднимать вопрос о его ответственности в случае возникновения у стороны (сторон) убытков вследствие исполняемой им профессиональной деятельности.

Данное соглашение не является предметом настоящей работы, поэтому оно подробно рассматриваться не будет. Однако хотелось бы надеяться на то, что оно не будет обойдено вниманием отечественных правоведов, поскольку исследование взаимоотношений между спорящими сторонами и примирителем будет способствовать становлению примирительных процедур.

Если согласительная процедура завершена без достижения сторонами взаимоприемлемого соглашения, стороны не лишены права обратиться в государственный суд или арбитраж (третейский суд) за разрешением спора, если это правовой спор (спор о праве). Но в большинстве случаев именно заключение соглашения (мировой сделки по правовому спору или соглашения об урегулировании по иному конфликту) наиболее благоприятным образом скажется на дальнейших отношениях сторон.

Мировая сделка есть гражданско-правовая сделка, заключаемая спорящими сторонами в результате урегулирования существовавшего между ними правового спора (спора о праве) или иной правовой неопределенности. В том случае, если мировая сделка заключается по спору, который уже находится на рассмотрении в суде, она подлежит утверждению этим судом и именуется "мировое соглашение", которое, как отмечалось в Постановлении арбитражного суда кассационной инстанции, "представляет собой сделку (гражданско-правовой договор), направленную на исключение судебного производства по делу в суде путем устранения спорных вопросов, лежащих в основе связывающих стороны правоотношений" <1>. Таким образом, мировое соглашение представляет собой разновидность мировой сделки, к которой процессуальным законодательством предъявляются дополнительные требования и в отношении которой допускается принудительное исполнение по правилам, предусмотренным для судебных актов (подробнее о соотношении понятий "мировая сделка" и "мировое соглашение" будет говориться в ч. 1 гл. V настоящей книги).

<1> Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 7 ноября 2006 г. по делу N А33-13104/04-С1-Ф02-5715/06-С2.

К сожалению, в российском праве понятия "мировое соглашение" и "примирительные процедуры" нередко отождествляют <1>. Это обусловлено неточностью законодателя, который в ч. 2 ст. 138 АПК РФ закрепил правило о том, что стороны могут урегулировать спор, "заключив мировое соглашение или используя другие примирительные процедуры", т.е. признал мировое соглашение одной из разновидностей примирительных процедур.

<1> Например, это положение послужило основанием для вывода о том, что гл. 15 АПК РФ регулирует "примирительные процедуры в форме мирового соглашения" (Амосов С.М. Арбитражный процессуальный кодекс РФ и вопросы альтернативного правосудия // Третейский суд. 2004. N 1. С. 109). В другой работе встречается утверждение о том, что "мировое соглашение имеет право на полноценное рассмотрение его в качестве внесудебной и судебной примирительной процедуры" (Захарьяшева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития): Дис. ... к.ю.н. С. 102), причем это "единственная примирительная процедура, которая требует для придания ей юридической силы утверждения со стороны арбитражного суда" (Там же. С. 200).

Безусловно, такой подход ошибочен, поскольку следование ему приводит к неизбежному выводу о возможности альтернативы: создается впечатление, что стороны могут либо осуществлять примирительную процедуру, либо заключить мировое соглашение. Между тем

мировое соглашение - наилучший результат деятельности самих сторон, подразумевающий использование ими одной из разновидностей примирительных процедур. Иными словами, примирительная процедура есть процесс, который при благоприятном раскладе (урегулировании спора) завершается мировой сделкой и (при известном допущении) может быть сопоставим с судебным процессом, который завершается судебным решением. Ведь никому не приходит в голову отождествлять судебный процесс с судебным решением!

Высказывания о важности различия собственно примирительных процедур и их результатов - мировых сделок и о необходимости изменения процессуального закона в этой части все чаще встречаются в литературе. Например, А.Ю. Коннов пишет следующее: "Само по себе мировое соглашение не является процедурой, поскольку не содержит в себе ни элементов рассмотрения, ни элементов разрешения споров, а лишь является результатом применения какой-либо процедуры рассмотрения и разрешения споров (как правило, примирительной процедуры)" <1>.

<1> Коннов А.Ю. Указ. соч.

2.2. Основные условия соглашений о примирительной процедуре

Переходя к рассмотрению условий соглашения о примирительной процедуре, нельзя еще раз не отметить отсутствие на сегодняшний день законодательных норм, регулирующих это соглашение. Вместе с тем существование большого количества примирительных (согласительных) регламентов различных организаций, предоставляющих примирительные услуги, оказывает определенное содействие в выявлении основных элементов этого соглашения.

Как известно, общепринятым является выделение трех значений термина "договор": договор-сделка (представляющий собой основание возникновения гражданского правоотношения), договор-правоотношение (т.е. само договорное правоотношение, основанием которого является договор-сделка) и договор-документ (в котором волеизъявление сторон нашло свое закрепление). При этом, как подчеркивает В.В. Витрянский, "когда говорят о содержании договора в его качестве правоотношения, имеют в виду права и обязанности контрагентов. В отличие от этого содержание договора-сделки составляют договорные условия" <1>. Содержание соглашения о примирительной процедуре (как договора-сделки) составляют следующие условия:

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 238.

1. Вид примирительной процедуры.

Его стороны определяют исходя из собственных представлений о целесообразности проведения той или иной процедуры и, как указывалось выше, могут выбрать примирительную процедуру с участием либо без участия примирителя.

Круг разновидностей примирительных процедур без участия примирителя достаточно узок: в него можно включить, например, неоднократно упоминавшиеся ранее непосредственные переговоры сторон и претензионный порядок урегулирования споров.

Противоположным будет утверждение в отношении примирительных процедур с участием примирителя. Зарубежной практикой выработано достаточно большое количество их разновидностей, которые можно объединить в две основные группы <1>. Это процедуры, в которых примиритель:

<1> Обзор процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров см., например: Коннов А.Ю. Указ. соч.; Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России. С. 94 - 96.

- 1) способствует достижению урегулирования спора;
 - 2) дает оценку фактам, приведшим к спору или характеризующим его.
- К первой группе процедур можно отнести, в частности:

- председательство на мини-суде, когда примиритель председательствует на мини-суде, под которым понимается рассмотрение спора руководством спорящих компаний (эта процедура в литературе признается промежуточной между арбитражем и примирительной процедурой). В этой процедуре комиссия, состоящая из руководства спорящих компаний и возглавляемая примирителем, получает информацию о сути спора, излагаемую специалистами с обеих сторон.

Руководители после заслушивания специалистов относительно сути спора ведут переговоры по этому спору, получив объективную (двустороннюю) оценку о причинах этого спора и уяснив предложения специалистов о выходе из сложившегося конфликта. Задача примирителя - руководство ходом процедуры, контроль за взаимодействием сторон и помощь комиссии в выявлении предмета спора и сглаживании конфликта;

- консультирование на переговорах, когда примиритель работает над субъективной стороной конфликта (негативными представлениями сторон друг о друге, враждебными намерениями и поведением), преодолевая агрессивность сторон;

- омбудсменство, когда неофициальное лицо выступает в роли примирителя в какой-либо организации, что предусматривает рассмотрение устных и письменных жалоб, предоставление информации по запросам, изучение обстоятельств возникшего внутри организации спора, а также разъяснение внутренних правил организации <1> и т.д.;

<1> См. об этом, например: Калдина М.А. Корпоративный омбудсмен - возможности развития концепции в России // Третейский суд. 2005. N 4. С. 150 - 154.

- структурированное посредничество, когда примиритель поочередно работает со сторонами, координируя предоставление информации и контролируя взаимодействие сторон;

- посредничество с позиции силы, когда примиритель обладает возможностью оказывать на спорящие стороны воздействие (например, такое воздействие может оказывать юридическое лицо на лиц, подконтрольных ему или зависимых от него);

- председательство на переговорах сторон, когда примиритель только председательствует на переговорах сторон;

- фасилитаторство (от англ. facilitate - облегчить), когда примиритель только содействует в организации переговоров и проведении встреч спорящих сторон, не принимая участия в самих переговорах и выработке решений.

Ко второй группе примирительных процедур относятся, например:

- оценочное посредничество, когда примиритель по просьбе спорящих сторон дает оценку правильности занятых ими позиций в данном конкретном споре;

- независимая юридическая оценка, когда в роли примирителя выступает опытный юрист - авторитетный эксперт в соответствующей области права, который исследует факты коммерческого спора. Эксперт-юрист дает свое заключение (не имеющее обязательной силы, если стороны прямо не договорились об ином) по поводу обоснованности позиций спорящих сторон и возможных шансах на успех судебного разбирательства в государственном или третейском суде;

- независимое экспертное заключение, когда примиритель - специалист в технической, финансовой или иной сфере - высказывает свое мнение по имеющему важное (даже решающее) значение для урегулирования спора неправовому вопросу, по которому он является экспертом.

2. Язык проведения примирительной процедуры.

Спорящие стороны свободны в выборе языка проведения примирительной процедуры, т.е. они могут отказаться от использования государственного языка Российской Федерации - русского и закрепить положение об использовании другого языка (как иностранного, так и, например, языка республики, которая входит в состав Российской Федерации). Однако при этом необходимо учитывать, что в случае избрания иного (нежели русский) языка для проведения примирительной процедуры как ведение переговоров, так и представление документов предполагают осуществление их на этом языке. Таким образом, если одна из сторон будет выступать в примирительной процедуре на русском языке и представлять необходимые материалы на русском языке, на нее возлагается обязанность обеспечить перевод выступления и документов на язык примирительной процедуры.

В то же время при наличии между спорящими сторонами договоренности о ведении примирительной процедуры на нескольких языках возможны переговоры и представление материалов на том языке, на котором они наиболее удобны каждой из сторон.

Если избранный спорящими сторонами язык создает проблемы для примирителя, то стороны должны найти ему квалифицированного переводчика. Расходы на оплату услуг переводчика в любом случае несут стороны.

3. Место проведения примирительной процедуры.

Стороны, безусловно, по своему усмотрению договариваются о месте проведения примирительной процедуры. При этом они могут исходить из различных критериев, которые им кажутся важными (например, критерий удобства или наибольшей приближенности и проч.). Однако при определении места проведения примирительной процедуры необходимо учитывать то обстоятельство, что расходы, связанные с прибытием к месту проведения примирительных процедур самих спорящих сторон (и/или их представителей), а также примирителей (если это согласительная процедура), переводчиков (если их участие предполагается) и иных лиц, участие которых необходимо в примирительной процедуре, возлагаются на сами стороны.

В том случае, если сторонами избрана согласительная процедура и не решен вопрос места ее проведения, оно определяется правилами организации, осуществляющей примирительную деятельность.

4. Администрирование примирительной процедуры.

Этот вопрос приобретает особую остроту, если стороны избрали примирительную процедуру без участия примирителя (в том случае, если это согласительная процедура, стороны с большой вероятностью воспользуются услугами организации, оказывающей примирительные услуги). Включение данного условия подразумевает под собой решение вопросов обеспечения помещением, услугами секретаря, стенографистки, машинистки, переводчика и проч.

5. Правила проведения примирительной процедуры.

Как уже указывалось выше, примирительные процедуры не урегулированы жесткими нормативными предписаниями (за исключением, пожалуй, обязательного претензионного порядка). Напротив, примирительные процедуры производятся прежде всего по тем правилам, которые установлены соглашением сторон о примирительной процедуре, и в каждом конкретном случае они могут различаться.

В том случае, если стороны избрали примирительную процедуру без участия примирителя и не установили никаких правил проведения этой процедуры, то ее прохождение будет стихийным и вряд ли принесет положительные плоды. Гораздо успешнее эта процедура пройдет, если стороны заимствуют некоторые положения из регламента той или иной организации, оказывающей примирительные услуги.

Если стороны согласовали применение претензионного порядка, им необходимо оговорить сроки (о них будет говориться дальше), требования, например, к форме претензии и документам, ее подтверждающим. Установление подобных правил, регулирующих эту (письменную) процедуру, будет способствовать ее эффективному использованию.

В тех ситуациях, когда стороны избрали согласительную процедуру (примирительную процедуру с участием примирителя) и в отсутствие согласованных ими правил проведения примирительной процедуры обратились в организацию, оказывающую примирительные услуги, процедура будет проходить более организованно - по правилам этой организации. Закрепленные в согласительном (примирительном) регламенте эти правила позволят провести согласительную процедуру более четко и оперативно.

Если спорящие стороны, избрав согласительную процедуру, договорились об использовании правил проведения примирительных процедур, предлагаемых подобными организациями, они могут сделать прямую отсылку к их согласительным (примирительным) регламентам (что подразумевает ознакомление обеих сторон с этими регламентами).

Но стороны не лишены права установить правила, отличающиеся от предусмотренных согласительным (примирительным) регламентом подобных организаций, даже если они обращаются к услугам этих организаций. И в этом случае согласительная процедура будет проходить по правилам, предусмотренным соглашением сторон.

Кроме того, стороны вправе прямо закрепить в соглашении о примирительной процедуре те или иные положения, заимствованные из согласительных (примирительных) регламентов различных организаций (конечно, при условии непротиворечия этих условий друг другу). Необходимость в этом может возникнуть в ситуации, когда стороны согласовали применение согласительного регламента конкретной организации, оказывающей примирительные услуги, который, например, не предусматривает порядок назначения примирителя.

6. Конфиденциальность примирительной процедуры.

Для всякой примирительной процедуры определяющим является принцип конфиденциальности. И общим правилом признается конфиденциальность примирительной процедуры и закрытость для иных (кроме участников примирительной процедуры) лиц информации, которая была представлена сторонами, если стороны своим соглашением прямо не предусмотрели иное. Исключением из этого правила является претензионный порядок урегулирования споров, проведение которого нацелено не только на примирение сторон, но и на создание доказательственной базы в случае неудачного окончания этой примирительной процедуры.

Дореволюционное российское процессуальное законодательство позволяло разрешать или исключать отдельные проблемы, с которыми потенциальные субъекты мирового соглашения сталкивались в ходе примирительной процедуры. Так, действующее в тот период процессуальное законодательство предусматривало, что стороны вправе просить суд рассматривать их мировую сделку в закрытом заседании (ст. 1363 Устава гражданского судопроизводства). Такое правило объяснялось тем, что при проведении переговоров сторонам должны быть созданы все условия для объективного и открытого обсуждения обстоятельств, на которых они основывали свои действия, и предоставлений, на которые они готовы пойти при заключении мировой сделки. Признавалось, что публичность заседания может иногда стеснить свободу предложений и тем самым помешать самому примирению <1>.

<1> Азаревич Д. Судостройство и судопроизводство по гражданским делам. Университетский курс. Т. 3: Судопроизводство. Варшава: Тип. Варшавского учебного округа, 1900. С. 99; Тютрюмов И.М. Устав гражданского судопроизводства с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. В 2 т. Т. 2. Пг.: Законоведение, 1916. С. 2034.

Правоведы по-разному оценивали названное законоположение. Например, К.И. Малышев считал, что норма ст. 1363 Устава гражданского судопроизводства не дает никакого особого права сторонам, если суд не признает их просьбы уважительными <1>. В.Л. Исаченко писал о том, что не имеется оснований для разрешения этого вопроса в отрицательном смысле, так как удовлетворением такой просьбы ни чьи-либо права, ни интересы нарушены быть не могут <2>. Схожую позицию занимал и К. Анненков <3>.

<1> К.И. Малышев подчеркивал при этом, что, по толкованию Сената, ст. 1363 Устава гражданского судопроизводства неприменима к делам, которые рассматриваются у мировых судей (Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876. С. 402).

<2> В.Л. Исаченко. Особые производства. Цит. по: Тютрюмов И.М. Устав гражданского судопроизводства с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. С. 2035.

<3> См.: Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. СПб., 1887. С. 240.

Весьма значимым представляется и положение, содержащееся в ст. 1365 Устава гражданского судопроизводства: уступки сторон, сделанные в процессе их примирения, не имеют для них обязательной силы, если примирение по какой-либо причине не состоялось. Комментируя эту статью, К. Анненков отмечал, что сделанные друг другу уступки не должны приниматься и судом при последующем разрешении дела. Однако далее им указывалось, что из этой статьи не может выводиться то заключение, что "не должно было считаться обязательным для стороны и сделанное ею во время переговоров о мировом соглашении и признании каких-либо фактов спора, на том основании, что признание есть только один из видов доказательств, которое нередко и по существу его может и не заключать в себе никаких уступок по предмету спора, вследствие чего и принятие судом этого доказательства в основание решения по делу никак не должно считаться за действие, противное правилу ст. 1365" <1>.

<1> Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. С. 240.

Такая позиция выглядит весьма устаревшей. Однако ее последствия ощущаются и сегодня: отсутствие установленного законом правила о необходимости сохранения конфиденциальности всей информации, полученной на переговорах о примирении (относительно признания значимых по делу фактов, предложений о предоставлении, изложения мотивов поведения сторон или причин допущенного правонарушения и т.п.), позволяет использовать ее одной из сторон против другой стороны в последующем судебном разбирательстве в качестве доказательства своей правоты и слабости позиции противника.

Добывание доказательств таким образом нельзя признать этичным. Но, к сожалению, действующее отечественное законодательство вовсе не содержит положений о сохранении конфиденциальности информации, раскрытой в ходе примирительных процедур. Тогда как закрепление в законе принципа конфиденциальности примирительных процедур отвечало бы интересам спорящих сторон и способствовало достижению цели примирения.

Данный принцип нашел свое воплощение, в частности, в ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ (в ней закреплено правило о конфиденциальности всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения мировой сделки) и развитие - в ст. 10 Типового закона, в соответствии с которой стороны, примиритель, другие лица, присутствующие при проведении примирительной процедуры, не вправе приводить или представлять в качестве доказательства либо ссылаться в свидетельских показаниях в судебном либо третейском разбирательстве на:

- предложение одной из сторон об обращении к согласительной процедуре или тот факт, что одна из сторон выразила готовность к участию в согласительной процедуре;
- мнения или предложения, высказанные одной из сторон согласительной процедуры в отношении возможного урегулирования спора;
- заявления или признания, сделанные одной из сторон в ходе согласительной процедуры;
- предложения примирителя;

- тот факт, что одна из сторон проявила готовность принять предложение об урегулировании, сделанное примирителем;

- документ, подготовленный исключительно для целей согласительной процедуры.

Следование указанному принципу в примирительных процедурах объясняется тем, что условия конфиденциальности гораздо более благоприятны для урегулирования спора. Это утверждение становится очевидным при сравнении с судебным разбирательством в государственном суде, для которого одним из основных является принцип гласности: гласность этого процесса нередко вовсе не на пользу спорящим сторонам, которые предпочли бы не выступать субъектами общественного обсуждения.

В отсутствие на сегодняшний день в России законодательных норм, гарантирующих соблюдение сторонами, а также иными лицами принципа конфиденциальности примирительных процедур, сторонам просто необходимо включение соответствующих условий в соглашение о примирительной процедуре <1>. То есть желательно закрепить в этом соглашении общее условие о конфиденциальности и закрытости информации (если стороны не договорились об обратном).

<1> К сожалению, далеко не во всех случаях стороны добросовестно следуют условию конфиденциальности, когда спор передается на рассмотрение и разрешение суда (государственного или третейского). Но что еще больше удручает, так это то, что суды нередко считают возможным принимать такого рода доказательства, тем самым признавая их допустимость в судебном разбирательстве. Хотелось бы верить, что подход судов в отношении признания упомянутых фактов в качестве допустимых доказательств кардинально изменится, что создаст дополнительные условия для развития примирительных процедур.

Для этого стороны могут своим соглашением определить пределы применения принципа конфиденциальности в отношении сведений, документов и предложений, представленных или сделанных в процессе примирительной процедуры. Допустимо, например, закрепление условия о том, что ни при каких обстоятельствах не должны предъявляться в качестве доказательств в судебное разбирательство (в государственный суд или арбитраж (третейский суд)) или иным образом доводиться до сведения иных лиц:

- любые документы, заявления или сообщения, передаваемые другой стороной (а также примирителем, если сторонами избрана согласительная процедура) в ходе проведения примирительных процедур, за исключением случаев, когда они могут быть получены самостоятельно стороной, желающей их представить в суд в качестве доказательства;

- всякого рода мнения, суждения или предложения относительно возможного урегулирования спора, сделанные любой стороной в ходе примирительных процедур;

- любые признания, сделанные другой стороной в ходе примирительных процедур;

- любые мнения или предложения примирителя, высказанные в ходе согласительных процедур (если сторонами избрана согласительная процедура);

- факт согласия любой из сторон или ее готовность принять предложение другой стороны о заключении мировой сделки.

Вместе с тем нельзя оставить без внимания то обстоятельство, что не все сведения, которые сообщаются в ходе примирительной процедуры, могут иметь характер конфиденциальной информации. Исключением из этого правила будут, например, сведения, которые в силу законодательства Российской Федерации не могут рассматриваться в качестве конфиденциальных <1>; сведения, которые сами стороны не признают конфиденциальными (например, информацию о самом факте проведения примирительной процедуры, о содержании мировой сделки).

<1> Например, упомянутые в Законе РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне", в Перечне сведений конфиденциального характера, утвержденном Указом Президента РФ от 6 марта 1997 г. N 188 "Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера", и др.

Далеко не во всех случаях может быть полностью реализована конфиденциальность заключенной по результатам проведения примирительной процедуры мировой сделки (если стороны согласовали такое условие). Это обусловлено тем, что неисполнение или ненадлежащее исполнение условий мировой сделки одной из ее сторон (должником) может послужить основанием для обращения в суд с иском другой стороны (кредитора) и содержание мировой сделки в этом случае подлежит раскрытию (во всяком случае, в отношении положений, касающихся исполнения договора и ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей из договора). Иной подход к решению этого вопроса ограничивал бы кредитора в возможности защиты им субъективных гражданских прав. Но соглашение об урегулировании, не являющееся гражданско-правовой сделкой и не предусматривающее принудительное исполнение, допускает распространение на него условия конфиденциальности.

Помимо сказанного для целей снижения вероятности раскрытия информации, сообщенной в процессе примирительной процедуры, допустимо включение специального условия о том, что к участию в ней и к изучению документов, раскрытых в ходе этой процедуры, не могут быть допущены лица, не принимающие участие в урегулировании спора. К таким лицам могут быть отнесены, например, председатель или заместитель председателя организации, оказывающей примирительные услуги, а также персонал этой организации - секретари, машинистки, иные сотрудники (за исключением, пожалуй, лиц, выполняющих технические функции по обеспечению примирительной процедуры (направление корреспонденции, ведение протокола, если таковой ведется, и проч.)). Либо, напротив, стороны могут договориться о допустимости присутствия сторонних лиц на переговорах, составив список таких лиц и определив их полномочия.

7. Сроки.

Стороны могут согласовать различные сроки, относящиеся к примирительной процедуре.

Во-первых, это может быть срок направления ответа на предложение о проведении примирительной процедуры. Этот срок имеет существенное значение, поскольку сторона, не получившая ответа на свое предложение о проведении примирительной процедуры в установленный срок, может рассматривать отсутствие ответа как отклонение ее предложения об обращении к примирительной процедуре и вправе обратиться в суд за разрешением возникшего правового спора.

При этом немотивированное уклонение любой другой стороны от использования примирительной процедуры, если такая процедура предусмотрена соглашением сторон, в соответствии с ч. 1 ст. 111 АПК РФ создает предпосылки для последующего отнесения на уклонившуюся от примирительной процедуры сторону всей суммы судебных расходов независимо от результатов рассмотрения дела.

Во-вторых, это могут быть сроки проведения самой примирительной процедуры. Этот срок может быть согласован сторонами в целях избежать ненужные задержки: стороны вправе установить, что, если в оговоренный ими срок спор не будет урегулирован, примирительная процедура завершается. Такое правило будет оказывать дисциплинирующее воздействие не только на спорящие стороны, но и на примирителя.

Допустимо установление и иных сроков, которые, по мнению сторон, будут положительно воздействовать на ход примирительной процедуры и достижение урегулирования спора. Для претензионного порядка особо важны сроки предъявления претензии и ее рассмотрения: именно они в первую очередь определяют оперативность и эффективность претензионного порядка урегулирования спора.

8. Распределение и уплата расходов.

Состав расходов на примирительную процедуру может существенно различаться, как и сумма этих расходов (о расходах на согласительную процедуру говорилось в п. 2.1 ч. 2 настоящей главы).

В силу сложившейся практики стороны несут расходы по проведению примирительной процедуры поровну (это объясняется тем, что в результате проведения примирительной процедуры нет проигравшей и выигравшей стороны, поэтому принцип возложения бремени расходов на проигравшую сторону в данном случае использован быть не может). В то же время все расходы, связанные с проведением примирительной процедуры (транспортные расходы, расходы на представителя и проч.), каждая из спорящих сторон определяет и несет самостоятельно. Возмещение этих расходов не предусматривается.

Стороны имеют возможность договориться об ином порядке распределения расходов на примирительную процедуру, что они должны отразить в заключаемом ими соглашении о примирительной процедуре. Такое соглашение может быть заключено сторонами как до проведения примирительной процедуры, так и по завершении ее проведения.

Для тех случаев, когда стороны избирают согласительную процедуру (примирительную процедуру с участием примирителя), помимо указанного выше им дополнительно необходимо согласовать еще ряд условий, к которым относятся перечисленные ниже.

9. Квалификационные требования к примирителю.

В действующем российском законодательстве не определены требования, предъявляемые к примирителю. Но даже в случае принятия законопроекта "О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)" требования к примирителю ограничены, во-первых, указанием на то, что в этом качестве может выступать физическое лицо, обладающее полной дееспособностью и не имеющее судимости; во-вторых, положением о том, что в этом качестве не могут выступать лица, замещающие государственные должности в Российской Федерации (в субъектах Российской Федерации), и государственные служащие; в-третьих, указанием на то, что это должно быть лицо, независимое от сторон (ни прямо, ни косвенно не заинтересованное) и в силу этого беспристрастное.

Таким образом, квалификационные требования к примирителю придется определять самим сторонам, если они заинтересованы в профессиональном и оперативном содействии в урегулировании их спора.

При установлении подобных требований сторонам необходимо исходить из существа спора, который они намерены урегулировать. С учетом этого стороны могут счесть необходимым наличие у примирителя специальных познаний (специализации), и совсем необязательно высшего юридического образования: данное требование не будет оправданным, если примиритель может приглашаться для содействия в урегулировании неправовых споров. Но и урегулирование правовых споров вовсе не требует обязательно участия примирителя, обладающего высшим юридическим образованием, ведь деятельность примирителя состоит не в определении правого и виноватого в правовом споре, а в налаживании конструктивных отношений между спорящими сторонами, что должно привести к ликвидации спора.

Таким образом, гораздо более важным является наличие у примирителя специальной подготовки по искусству ведения переговоров и практического опыта по осуществлению примирительных процедур, поскольку именно они могут обеспечить оказание примирителем квалифицированной помощи в урегулировании спора <1>.

<1> Независимо от того, что сами стороны избрали примирителя либо он назначен волевым решением организации, оказывающей примирительные услуги, стороны вправе потребовать подтверждения его квалификации.

10. Число примирителей.

Обычно для проведения согласительной процедуры привлекается один примиритель, поскольку в условиях этой процедуры разрешения спора не требуется, а окончание спора находится целиком в руках самих спорящих сторон, направляемых примирителем в сторону урегулирования спора. И напротив, участие в согласительной процедуре нескольких примирителей может создать ситуацию, известную по басне "Лебедь, рак и щука".

Вместе с тем стороны вправе соглашением установить любое количество примирителей исходя из собственного представления о согласительной процедуре и роли примирителей в ее проведении. При этом стороны не ограничены правилом о нечетном количестве (как это имеет место при определении числа третейских судей, которых должно быть обязательно нечетное число для обеспечения принятия решения по делу большинством голосов).

В том случае, если стороны не оговаривают в соглашении количество примирителей, которые могли бы способствовать урегулированию спора, то, как правило, избирается (или назначается) один примиритель. Однако регламентом (правилами) организации, оказывающей примирительные услуги, может устанавливаться иная численность состава примирителей (например, два, три или пять), что позволяет подчеркнуть важность согласования сторонами данного условия, учитывая, что расходы на услуги примирителя уплачивают сами стороны.

11. Правила избрания примирителя.

Избрание примирителя сторонами - один из самых важных этапов согласительной процедуры, который оказывает существенное влияние на саму процедуру. Стороны, избирая примирителя, ориентируются на его профессиональный авторитет и компетентность, предполагая, что им будет оказана профессиональная помощь и они смогут достигнуть взаимовыгодного соглашения.

Стороны соглашением могут определить правила избрания примирителя или сразу же указать в соглашении конкретное лицо (кандидатуру примирителя). В том случае, если они этого не сделали, они могут воспользоваться регламентом (правилами) организации, оказывающей примирительные услуги, который содержит соответствующие нормативные предписания о порядке избрания кандидатуры примирителя. Та же организация, несомненно, может предоставить сторонам список примирителей - список, который должен включать наиболее квалифицированных, авторитетных, по мнению этой организации, специалистов в области примирения спорящих сторон, которые способны обеспечить беспристрастное и непредвзятое содействие в урегулировании спора.

В случае если по каким-то причинам стороны не избрали примирителя (или избрали его, но он не выразил своего согласия, а другого примирителя стороны избрать затрудняются), по общему правилу примиритель назначается организацией, оказывающей примирительные услуги <1>. Здесь следует подчеркнуть особо, что назначение примирителя может иметь место только в той ситуации, когда принципиальное согласие сторон на проведение согласительной процедуры достигнуто, а заминка произошла именно в отношении кандидатуры примирителя. В том случае, если одна из спорящих сторон не выразила согласие на проведение согласительной процедуры, примиритель не может быть назначен, и сама процедура, основанная на принципе добровольности, не может быть начата.

<1> В этом состоит отличие избрания примирителя от его назначения: избрание осуществляется сторонами согласительной процедуры, тогда как назначение - иным лицом (организацией, оказывающей примирительные услуги) при условии согласия на это самих сторон.

Здесь же следует отметить важность согласования сторонами вопросов замены примирителя для тех случаев, когда примиритель, начавший согласительную процедуру, не может далее ее продолжать по не зависящим от него причинам (болезнь, большая загруженность и др.) либо отказался от ее продолжения (что допустимо на любом этапе проведения согласительной процедуры). Скорое вступление в примирительную процедуру другого примирителя взамен выбывшего позволит избежать ненужных проволочек и обеспечит непрерывность и оперативность примирительной процедуры. Для этой цели стороны могут избрать запасного примирителя по правилам, которыми они руководствовались при избрании основного примирителя.

12. Полномочия примирителя.

По сути, это условие вытекает из первого из названных условий - вида согласительной процедуры, избранной сторонами, т.е. если стороны выбрали согласительную процедуру структурированного посредничества, они могут указать, что к полномочиям примирителя отнесены проведение поочередных встреч с каждой из сторон, координация предоставления информации и др.

Если стороны выбрали согласительную процедуру, в которой примиритель дает оценку фактам, приведшим к спору или характеризующим спор, они должны закрепить его право дать заключение по спору. При этом стороны должны согласовать вопрос о том, будет ли данное заключение для них обязательным или будет носить исключительно рекомендательный характер.

Кратко обозначив основные условия соглашения о примирительной процедуре, хотелось бы добавить, что сегодня различными организациями, оказывающими примирительные услуги (как зарубежными, так и российскими), сформулированы типовые оговорки о примирительной процедуре, которые рекомендуются для использования сторонами при подготовке рассматриваемых соглашений. Практика рекомендаций таких типовых оговорок основана на успешном использовании типовых арбитражных (третейских) оговорок; при разработке подобных оговорок учитываются различные аспекты и вопросы, возникающие при проведении примирительных процедур. Используя в качестве основы стандартную форму такой типовой оговорки, можно составить соглашение о примирительной процедуре, дополнив или иным образом изменив ее путем включения в ее текст условий, которые согласованы сторонами применительно к конкретной ситуации.

При определении условий соглашения о примирительной процедуре спорящие стороны должны руководствоваться принципом "компетентно - быстро - при наименьших затратах". Вследствие этого, прежде чем выбирать ту или иную примирительную процедуру, сторонам необходимо ознакомиться, в частности, с примирительным (согласительным) регламентом выбранной ими организации, оказывающей примирительные услуги, а также с документами, на основании которых исчисляются расходы на соответствующую процедуру (регистрационный сбор, гонорарный сбор, административный сбор, дополнительные расходы). Только ознакомление с правилами, закрепленными в этих актах, позволит заранее исчислить предстоящие затраты и определить примерный срок примирительной процедуры, что, безусловно, немаловажно.

2.3. Заключение соглашения о примирительной процедуре и его динамика

Сторонами соглашения о примирительной процедуре являются спорящие стороны. Поскольку возникновение спора может иметь место в любой сфере, круг лиц, которые могут нуждаться в примирительных процедурах и, соответственно, заключить названное соглашение, весьма широк.

Действительно, если спор возник в сфере семейных (между супругами, родителями и детьми) или бытовых отношений (между соседями), то сторонами соглашения о примирительной процедуре выступают граждане (в случае избрания ими примирительных процедур взамен обращения в суд общей юрисдикции). В том случае, если конфликт имеет место внутри организации (между работником и самой организацией), сторонами соглашения о примирительной процедуре будут соответственно гражданин и эта организация. Если спорят юридические лица, сторонами соглашения о примирительной процедуре будут юридические лица.

Таким образом, прибегать к использованию данного соглашения и участвовать в нем в качестве сторон могут как физические, так и юридические лица.

Форма и порядок заключения соглашения о примирительной процедуре сегодня не определены законодательством, хотя для развития использования этих процедур законодательное урегулирование этого вопроса весьма желательно.

По всей вероятности, нет необходимости в установлении в законе жесткого требования об обязательной простой письменной форме соглашения о примирительной процедуре. Это объясняется тем, что в некоторых случаях это требование будет затруднять обращение сторон к использованию примирительных процедур (например, в случаях примирения в семейной и некоторых иных сферах) <1>.

<1> Г.В. Севастьянов указывает, что основным аргументом "сторонников введения обязательной письменной формы соглашения о примирительной процедуре является именно необходимость представления доказательств обращения к данной процедуре в случае последующего обращения в суд, поскольку суд может оставить без рассмотрения исковое заявление, если стороны не обратились к процедуре посредничества" (Севастьянов Г.В. Законопроект о посредничестве (медиации) и его поэтапном и диалектическом развитии).

Вместе с тем избрание самими сторонами письменной (а не устной) формы для данного соглашения будет наиболее целесообразно. Это объясняется не столько необходимостью подтверждения факта обращения к данной процедуре, сколько возможностью наиболее четко обозначить те договоренности сторон, которых они достигли в отношении проведения избранной ими примирительной процедуры и если это примирительная процедура с участием примирителя, - кандидатуры примирителя (о чем говорилось в п. 2.2 ч. 2 настоящей главы).

Письменная форма соглашения подразумевает составление документа, отражающего содержание этого соглашения и подписанного спорящими сторонами (или их представителями). Безусловно, наиболее подходящим будет составление единого документа, подписанного сторонами (что позволит избежать неопределенности в ряде вопросов), однако, как это предусмотрено в п. 2 ст. 434 ГК РФ, допустимо заключение договора путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи.

Заключенное соглашение о примирительной процедуре допускает его движение (динамику) в форме изменения или расторжения, как и обычного договора. Вместе с тем соглашение о примирительной процедуре имеет особенность, серьезно выделяющую его из прочих договоров, на которой хотелось бы остановиться подробнее.

Как уже неоднократно подчеркивалось, соглашение о примирительной процедуре основано на принципе добровольности, который является определяющим для данного договора. Принцип добровольности позволяет каждой из сторон соглашения во всякое время в одностороннем порядке отказаться от участия в примирительной процедуре - как до ее начала, так и в ходе примирительной процедуры вплоть до момента заключения мировой сделки или соглашения об урегулировании <1> (исключением из общего правила является лишь претензионный порядок, установленный федеральным законом, использование которого является обязательным в силу закона). Понуждение отказавшейся от проведения примирительной процедуры стороны не допускается.

<1> Односторонний отказ от примирения допустим до начала и в ходе примирительной процедуры, но по ее завершении, когда стороны заключили мировую сделку, односторонний отказ от исполнения невозможен (об этом будет подробнее говориться в гл. V настоящей книги).

Данное правило не может быть изменено соглашением сторон. Да в этом и нет никакого смысла, поскольку примирение возможно только при обоюдном желании сторон найти компромисс; если одна из сторон вовсе не настроена искать точки соприкосновения, принуждение ее к проведению примирительной процедуры - напрасная трата времени и средств.

Безусловно, правило о допустимости одностороннего отказа от исполнения всякого соглашения о примирительной процедуре должно быть приведено в соответствие со ст. 310 ГК РФ, предусматривающей недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства, за исключением случаев, предусмотренных законом. Иными словами, возможность всякой стороны в любое время отказаться от исполнения такого соглашения нуждается в закреплении ее в законе.

Нельзя попутно не подчеркнуть, что односторонний отказ от участия в примирительной процедуре, если о ней имеется договоренность сторон, оформленная соглашением о примирительной процедуре (но не соглашением о намерении, о котором говорилось ранее), влечет за собой негативные последствия для отказавшейся стороны. Например, как уже указывалось выше, п. 2 ст. 148 АПК РФ закрепляет правило, согласно которому в случае несоблюдения истцом претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора (если он предусмотрен федеральным законом или соглашением сторон) исковое заявление оставляется без рассмотрения. В том случае, если спор возник вследствие нарушения лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора, предусмотренного федеральным законом или договором, арбитражный суд относит на это лицо судебные расходы независимо от результатов рассмотрения дела <1> (ч. 1 ст. 111 АПК РФ).

<1> Думается, что законодатель был не совсем точен, указывая на допустимость отнесения судебных расходов на лицо, участвующее в деле. По всей видимости, речь может идти только об истце, ответчике и третьем лице, заявляющем самостоятельные требования относительно предмета спора.

Хотелось бы отметить, что изложенный законодательный подход является достаточно жестким и однозначным: названные последствия предусмотрены для всех случаев, когда то или иное лицо уклонилось от использования примирительной процедуры. В праве зарубежных стран данное правило несколько мягче. Например, в английском праве сформулировано положение о том, что если из закона или соглашения сторон следует обязанность сторон попытаться урегулировать их спор в порядке посредничества и одна из сторон необоснованно уклоняется от участия в такой процедуре, то суд вправе возложить на эту сторону все расходы на судебное разбирательство независимо от того, в чью пользу принято решение по существу спора. То есть обязанность по уплате судебных расходов возлагается на ту сторону, которая без уважительных причин отказалась от участия в примирительных процедурах.

Итак, односторонний отказ приводит к расторжению соглашения о примирительной процедуре. Изменить это соглашение в одностороннем порядке не представляется возможным: условия соглашения о примирительной процедуре являются продуктом только совместного волеизъявления сторон.

Наряду с односторонним отказом от исполнения, влекущим расторжение соглашения о примирительной процедуре, последнее может быть изменено или расторгнуто по соглашению сторон. Порядок и последствия изменения и расторжения соглашения о примирительной процедуре определяются ст. ст. 452 и 453 ГК РФ. Таким образом, одна сторона должна обратиться к другой стороне с соответствующим предложением, и в случае согласия последней заключается соглашение сторон об изменении соглашения о примирительной процедуре, которое требует совершения непременно в той же форме, что и само соглашение о примирительной процедуре.

Глава V. МИРОВОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Мировое соглашение, являясь наиболее предпочтительным для сторон способом окончания спора, вместе с тем не получает должного распространения. В частности, статистические данные арбитражных судов Российской Федерации свидетельствуют не только о малом количестве заключаемых мировых соглашений (в 2006 г. - 5,8% общего числа дел), но и о неуклонном ежегодном уменьшении по сравнению с общим числом рассматриваемых в арбитражном суде дел. Так, в 2003 г. их количество составляло 6,8% общего количества рассмотренных дел, возникающих из гражданских правоотношений, в 2004 г. - 7,0, в 2005 г. - 6,7, в 2006 г. - 5,8% <1>.

<1> См. справку об утверждении мировых соглашений арбитражными судами Российской Федерации в 2003 - 2006 гг. (http://www.arbitr.ru/news/totals/2006/2006_vas-s_11.pdf).

Это можно объяснить многими факторами, в том числе отсутствием необходимых доктринальных (цивилистических) разработок и, как следствие, законодательными пробелами, которые весьма сложно закрыть судебной практикой.

1. Понятие и правовая квалификация мирового соглашения

1.1. Соотношение понятий "мировая сделка" и "мировое соглашение"

В современной юридической литературе понятия "мировая сделка" и "мировое соглашение" иногда рассматриваются как тождественные, синонимичные. Иногда же, напротив, трактуются как серьеозно различающиеся. Однако любая из этих точек зрения неверна, и этому есть объяснения.

В русской дореволюционной доктрине мировая сделка традиционно рассматривалась как гражданско-правовой договор (Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершеневич, К.П. Победоносцев, И.М. Тютрюмов, В.И. Синайский и др.) и, следовательно, как и всякий договор, относилась к области материального, но не процессуального права. Отечественными правоведами признавалось, что стороны гражданского правоотношения вправе заключать мировую сделку в соответствии с общими положениями гражданского права, при этом все правила, установленные для договоров, полностью применимы к мировым сделкам. Не допускались лишь мировые сделки в отношении предметов, по которым вообще договоры невозможны: относительно неотчуждаемых прав, прав состояния, личных прав.

Продолжая традиции римского права, отечественные цивилисты подчеркивали основание для заключения мировой сделки - неопределенность (неясность или сомнительность) в правоотношениях. Несколько дальше шел В.И. Синайский, различавший два вида мировой сделки: мировую сделку, направленную на то, чтобы спорное отношение путем взаимных уступок считать бесспорным; мировую сделку, нацеленную на то, чтобы путем взаимных уступок осуществить право хотя бы и бесспорное, но в осуществимости которого существуют сомнения <1>.

<1> См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 365 - 366.

Важно отметить, что дореволюционное законодательство допускало совершение как внесудебной мировой сделки, так и судебной мировой сделки, причем последняя предусматривала производство дела в суде, наличие спора между тяжущимися <1> (т.е. являлась мировым соглашением в современном его понимании).

<1> См.: Гуляев А.М. Русское гражданское право: Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения. Киев, 1907. С. 254.

И здесь надо специально подчеркнуть, что в дореволюционной литературе термин "мировое соглашение" практически не встречался, а использовались именно термины "внесудебная мировая сделка" и "судебная мировая сделка". При этом понятия "внесудебная мировая сделка" и "судебная мировая сделка" разграничивались большинством правоведов (в том числе Е.В. Васьковским, И.Е. Энгельманом, Е.А. Нефедьевым, Д. Азаревичем).

В литературе отмечалось, что непосредственно в суде мировая сделка заключается редко; обычно стороны заключают ее вне судебного процесса, а затем представляют прошение о прекращении дела. В том случае, если мировая сделка все же не была заключена, взаимные уступки, которые стороны предполагали сделать друг другу, не имеют для них обязательной силы (ст. 1365 Устава гражданского судопроизводства).

Признавалось, что в соответствии со ст. 1359 Устава гражданского судопроизводства совершить мировую сделку стороны могли явочным порядком - у нотариуса, а при отсутствии нотариальных контор - у мирового судьи, а затем представить в суд просьбу прекратить дело (посредством записи); либо обе стороны подавали в суд мировое прошение, засвидетельствованное у нотариуса или у мирового судьи (подачей мирового прошения); либо стороны заявляли суду словесно о желании прекратить дело мировой сделкой (составлением мирового протокола). Кстати, правила о необходимости удостоверять также и внесудебные мировые сделки признавались некоторыми учеными не вполне соответствующими положениям гражданского права <1>.

<1> См.: Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 449.

Как указывал В.А. Рязановский, "судебная мировая сделка по существу не отличается от внесудебной: она является только более прочно оформленной, значение же и той и другой вне процесса" <1>. То есть основное значение всякой мировой сделки (внесудебной и судебной) - всегда материально-правовое.

<1> Рязановский В.А. Единство процесса: Пособие. М.: Городец, 1996. С. 74.

Отличия же внесудебной мировой сделки от судебной мировой сделки ученые того периода видели прежде всего в том, что:

- 1) судебная мировая сделка касается спорного правоотношения, ставшего предметом судебного процесса;
- 2) судебная мировая сделка совершается в присутствии суда и при его участии;
- 3) для судебной мировой сделки установлены особые формы заключения <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Изд. бр. Башмаковых, 1914. С. 457; Тютрюмов И.М. Устав гражданского судопроизводства с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. В 2 т. Т. 2. Пг.: Законоведение, 1916. С. 2030.

Но наиболее выпукло разница между внесудебной мировой сделкой и судебной мировой сделкой проявлялась применительно к возможности их принудительного исполнения.

Дело в том, что и внесудебная, и судебная мировые сделки предполагают последующее добровольное исполнение. В случае же неисполнения должником обязанностей из мировой сделки за кредитором признавалось право обратиться с новым иском, основанным на мировой

сделке (т.е. в общем порядке). Иными словами, принуждение должника к исполнению всяких мировых сделок (и судебных, и внесудебных) подразумевало под собой предъявление нового иска и возбуждение нового искового производства. Такой вывод следовал из положений Устава гражданского судопроизводства, в котором отсутствовали нормы, регулирующие порядок исполнения судебной мировой сделки.

Отсутствие в Уставе гражданского судопроизводства положения о принудительном исполнении судебных мировых сделок (посредством выдачи исполнительного листа) влекло за собой возникновение известных проблем в правоприменительной практике.

В 1867 г. Псковский окружной суд на основании судебной мировой сделки выдал исполнительный лист. Но в 1869 г. Кассационный департамент Правительствующего Сената постановил, что на основании мировых сделок не может выдаваться исполнительный лист и что исполнение мировой сделки дает основание для нового иска.

Названное решение Правительствующего сената имело очень широкий резонанс в научной литературе. Одни из ученых считали такую позицию прямо противоречащей воле законодателя, придавшего судебному решению и судебной мировой сделке равную законную силу (согласно ст. 1364 Устава гражданского судопроизводства судебная мировая сделка признавалась равносильной судебному решению, вступившему в законную силу и не подлежащему обжалованию). Другие, подчеркивая договорную природу всякой (судебной и внесудебной) мировой сделки, признавали такое решение Кассационного департамента Правительствующего сената единственно верным.

Отмечая пагубность смешения понятий внесудебной и судебной мировых сделок, И.Е. Энгельман подчеркивал, что внесудебная мировая сделка есть договор, который "имеет свойство и действие всякого договора: в случае неисполнения она может быть осуществлена иском порядком" <1>. В отличие от внесудебной мировой сделки судебная мировая сделка не только прекращает навсегда спор и делает невозможным иск к тому же лицу, по тому же предмету и на том же основании, но и дает право требовать принудительного ее исполнения. Иными словами, по мнению И.Е. Энгельмана, полемизировавшего с К.П. Победоносцевым, для принудительного исполнения внесудебной мировой сделки было необходимо судебное решение; для принудительного исполнения судебной мировой сделки, утвержденной судом, должен выдаваться исполнительный лист.

<1> Энгельман И.Е. Указ. соч. С. 447.

Аналогичное мнение высказывалось Е.В. Васьковским, К.И. Малышевым, но справедливости ради надо отметить, что далеко не все правоведы разделяли их взгляды. Напротив, господствующим стало противоположное мнение, согласно которому судебная мировая сделка приравнивалась к судебному решению только в том смысле, что "стороны не имеют права ни жаловаться, ни возобновлять дела на тех же основаниях... но во всех прочих отношениях мировое соглашение не имеет ничего общего с решением" <1>.

<1> Исаченко В.Л. Русское гражданское судопроизводство: Практическое руководство для студентов и начинающих юристов. Т. 1. Пг., 1915. С. 281.

В силу сказанного принудительное исполнение судебной мировой сделки длительное время признавалось невозможным, а неисполнение судебной мировой сделки, по мнению большинства процессуалистов, давало основания для нового иска, по результатам рассмотрения которого (на основании последующего судебного решения) выдавался исполнительный лист. Этой позиции придерживались, в частности, К.Н. Анненков, В.Л. Исаченко, Т.М. Яблочков, Е.А. Нефедьев, Д.И. Азаревич.

Необходимо отметить, что критика позиции недопущения принудительного исполнения мировой сделки все же возымела свое действие. Ее следствием стало внесение в Устав гражданского судопроизводства изменений, в соответствии с которыми наиболее простые мировые сделки могли исполняться посредством возбуждения исполнительного производства. К таким мировым сделкам относились соглашения, по которым ответчик принимал на себя одностороннее обязательство денежного платежа, либо возврата денежного имущества, либо юридического очищения и др. Такое исполнение осуществлялось по правилам производства по делам о бесспорных взысканиях <1>.

<1> Подробнее об этом см., например: Демьяненко Ф. Мировое соглашение в российском праве (середина XIX - начало XX века) // Законодательство и экономика. 2002. N 5. С. 68; Ясеновец И.А. Мировое соглашение в арбитражном процессе: актуальные проблемы теории и практики: Дис. ... к.ю.н. М., 2002. С. 55.

В условиях построения социалистического общества интерес к мировой сделке как гражданско-правовому институту практически угас, и цивилистические исследования в этой области фактически не проводились <1>. При почти полном отсутствии интереса к институту мировой сделки со стороны цивилистов его исследованием занялись представители процессуальной науки, что, собственно, и предопределило его последующую трактовку как института не материального, а процессуального права.

<1> Среди редчайших цивилистических работ советского периода можно упомянуть, в частности, работу: Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. N 12. С. 26.

В послереволюционный период в отечественном праве не было твердо устоявшегося термина, но наиболее распространенным было обозначение подобных сделок как мировых. Например, разд. 2 ГПК РСФСР 1923 г. (ст. ст. 433 - 439) именовался "О мировых сделках". В Постановлении Пленума Верховного Суда РСФСР от 5 марта 1928 г. (прот. N 6) <1> предусматривалось, что "стороны, невзирая на обращение их в суд, вправе в любой момент покончить дело миром с тем, однако, чтобы эта МИРОВАЯ СДЕЛКА (выделено мной. - М.Р.) не ускользнула от контроля суда и им проверялась". Кроме того, в названном Постановлении говорилось о том, что "примирение сторон должно допускаться в любой стадии производства, ибо присуждение это еще не есть полное взыскание и иногда истцу выгоднее получить хотя бы и некоторую сумму, но реальную, чем иметь исполнительный лист на полную сумму и ничего не получить". При этом предусматривалось, что "соглашения, связанные с отказом от присужденного по решению суда, могут подлежать засвидетельствованию органов, имеющих право засвидетельствования совершения актов наравне с другими договорами".

<1> Постатейные материалы к статье 2 // Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1923 года (с постатейными материалами). М., 1961. С. 149 - 150.

В юридической литературе того времени отмечалось существование различий между внесудебными и судебными мировыми сделками. Например, Л.И. Фишман определял мировую сделку как соглашение сторон об окончании дела миром и прекращении вследствие этого дела, ссылаясь на отличия, выявленные циркуляром Верховного Суда РСФСР от 7 декабря 1923 г. N 70 "О внесудебных и судебных мировых сделках". Согласно этому циркуляру внесудебные мировые сделки рассматривались как обычное письменное доказательство; их достоверность и доказательность определялись судом в зависимости от содержания документа, способа его засвидетельствования, обстоятельств дела. В отношении же судебной мировой сделки было установлено, что она "приравнивается к бесспорным документам, на основании коих может быть выдан судебный приказ" <1>. После того как была отменена гл. 24 ГПК РСФСР, содержащая также и ст. 210, которая предусматривала выдачу судебного приказа на основании мировой сделки, "совершенной судебным порядком", в ст. 188 ГПК РСФСР были внесены изменения, согласно которым для приведения в исполнение судебной мировой сделки по просьбе стороны выдавался исполнительный лист.

<1> Фишман Л.И. Движение гражданского процесса. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1926. С. 141 - 142. Подобные различия между мировыми сделками, совершенными вне суда, и судебными мировыми сделками впоследствии отмечались и К. Анохиным (см.: Анохин К. Судебные мировые сделки // Советская юстиция. 1959. N 9. С. 52).

Как писал И.М. Пятилетов, после принятия Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. в теории процессуального права от использования термина "мировая сделка" отказались и "прочно утвердился термин "мировое соглашение" <1>. И таким образом, судебные мировые сделки стали именоваться с того времени мировыми соглашениями. В Большой советской энциклопедии, выпущенной в 1969 - 1978 гг., указывалось на то, что по "советскому законодательству м. с. (мировое соглашение) отличается от мировой сделки, которая заключается спорящими сторонами вне суда и ему на утверждение не представляется" <2>.

<1> Пятилетов И.М. Мировое соглашение как способ разрешения спора о праве без вынесения судебного решения // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций: Сб. науч. тр. М.: ВЮЗИ, 1985. С. 55. Ученый отмечал, что некоторые авторы называют мировым соглашением внесудебное соглашение, прекратившее спор до обращения в суд, другие авторы отождествляют мировое соглашение с соглашением, заключенным после обращения в суд, но вне суда. По мнению И.М. Пятилетова, под внесудебным мировым соглашением следовало понимать только соглашение, прекратившее спор до обращения в суд;

под судебным мировым соглашением - мировое соглашение, утвержденное судом. В законе мировым соглашением, подчеркивал он, называется судебное мировое соглашение (см.: Пятилетов И.М. Указ. соч. С. 54 - 55; Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Былина, 1998. С. 169).

<2> <http://encycl.yandex.ru/dict/bse/article/00048/44600.htm>.

Процессуальная наука ставила задачей изучение процедуры заключения судебной мировой сделки (мирового соглашения) и ее значимости для процесса. Проводимые в этой стезе научные исследования повлекли окончательное определение статуса судебной мировой сделки как процессуального договора, цель которого состоит в прекращении судебного процесса. Данный вывод был оформлен, в частности, в работе Р.Е. Гукасяна, который утверждал: "Процессуально-правовое значение мировых соглашений заключается в том, что они являются актами разрешения гражданско-правового спора. В этом сходство их содержания с содержанием судебного решения. Одновременно мировое соглашение служит одним из оснований (в совокупности с определением суда) прекращения производства по делу" <1>. При этом им выдвигался тезис о том, что волеизъявление на заключение мировой сделки есть процессуальные действия, а не гражданско-правовые.

<1> Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов: Приволжское книжное изд-во, 1970. С. 131.

Подобная точка зрения разделялась не всеми учеными. В частности, М.А. Гурвич отличал мировое соглашение от мировой сделки, которая "фактически (хозяйственно) лежит в его основе" <1>. Полемизируя с Р.Е. Гукасяном, М.А. Гурвич указывал, что мировое соглашение является "не процессуальным договором, а юридическим составом более сложным, в который входят договор, в смысле сделки гражданского права, и ряд элементов процессуального значения" <2>.

<1> Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. Т. III: Вопросы гражданского процессуального, гражданского и трудового права. М., 1965. С. 105 (цит. по: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. С. 132). М. Тупичев писал, что мировая сделка имеет только материально-правовое содержание, тогда как мировое соглашение, являясь более широким понятием, включает в себя и материально-правовое, и процессуальное содержание (см.: Тупичев М. Отказ от иска и мировое соглашение как основание прекращения производства по делу // Советская юстиция. 1963. N 23. С. 10).

<2> Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. М.: Высшая школа, 1975. С. 125 (примеч.).

Вместе с тем нельзя не признать, что на долгие годы главенствующей в российском праве стала позиция, согласно которой мировое соглашение есть "акт разрешения спора", влекущий процессуальные последствия - прекращение производства по делу. В то же время материально-правовая суть мирового соглашения была предана забвению, в результате чего в литературе появляются высказывания вроде того, что "не может быть неких мировых сделок, которые бы не являлись мировыми соглашениями... мировое соглашение мы рассматриваем как примирительную форму разрешения правовых споров и конфликтов, применяемую в гражданском и арбитражном процессах (возможно, и в уголовном процессе), в третейском, арбитражном разбирательстве" <1>.

<1> Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России. Дис. ... к.ю.н. Саранск, 2005. С. 131.

Такая трактовка существа мирового соглашения, игнорирующая теоретические основы мировой сделки, сформированные дореволюционными правоведомы, существенно ограничивает сферу проводимых исследований и снижает их значимость, малопродуктивна в научном плане и чрезвычайно вредна для практики (об этом будет говориться далее). Подобный подход к пониманию мирового соглашения (исключительно с процессуальных позиций), предполагающий изолирование мирового соглашения от мировой сделки, привел к созданию правовых конструкций, оторванных от базиса - цивилистической теории мировой сделки. Он препятствует пониманию и использованию на практике мировой сделки (как судебной, так и внесудебной - мирового соглашения), не позволяет формироваться законодательству, регулирующему мировую сделку. Такое положение, бесспорно, нуждается в изменении.

Резюмируя вышесказанное, следует подчеркнуть, что понятие "мировая сделка" нельзя противопоставлять или отождествлять с понятием "мировое соглашение". Понятие "мировая

сделка" является родовым по отношению к видовым понятиям "внесудебная мировая сделка" и "мировое соглашение" ("судебная мировая сделка") <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М.: Статут, 2005.

Внесудебная мировая сделка заключается тогда, когда между сторонами гражданского правоотношения намечается или уже возник спор о праве (либо выявилась иная правовая неопределенность). Стороны могут урегулировать возникшие между ними разногласия самостоятельно - путем заключения внесудебной мировой сделки (договора).

В том случае, если стороны обратились за разрешением гражданско-правового спора в суд, они обладают правом в любое время заключить договор, оканчивающий возникший спор или ликвидирующий имеющуюся неопределенность, - договор, который в процессуальном законодательстве традиционно обозначается термином "мировое соглашение" (имеются в виду дела, по которым заключение мирового соглашения допустимо).

Таким образом, мировое соглашение - это мировая сделка (взаимная возмездная гражданско-правовая сделка), которая заключается сторонами судебного процесса (либо процедуры исполнения), вступает в действие после ее утверждения судом, порождает для ее участников гражданско-правовые последствия и в предусмотренных законом случаях подлежит принудительному исполнению.

В основе своей и внесудебная мировая сделка, и мировое соглашение - это гражданско-правовые сделки, вследствие чего рассматривать мировое соглашение исключительно как процессуальный институт неверно. Однако нельзя не учитывать и того, что внесудебная мировая сделка и мировое соглашение при названном единстве их правовой природы имеют значительные различия: второе отличается предусмотренной законом формой, обязательность утверждения судом, возможность принудительного исполнения по правилам исполнения судебного акта и т.д., чему будет уделено внимание далее.

1.2. Проблемы правового регулирования

Несмотря на то что практика и теория достаточно активно используют термин "мировая сделка", сам он не получил непосредственного нормативного закрепления. Отечественное гражданское законодательство вовсе не предусматривает положений, регламентирующих мировую сделку. Отсутствие в российском гражданском праве системы правил, регулирующих мировую сделку, признается сегодня одним из основных факторов, сдерживающих использование названного средства правовой защиты, препятствующих нормализации гражданского оборота в случае его нарушения, осложняющих возможность примирения сторон.

В то же время действующий АПК РФ включает целую главу (гл. 15), посвященную мировому соглашению. Это обстоятельство дало некоторым авторам дополнительные основания для утверждения, что мировое соглашение является исключительно процессуальным институтом.

Надо подчеркнуть, что проблема отсутствия в отечественном гражданском праве правил о мировых сделках отмечалась еще дореволюционными цивилистами. В частности, К.И. Анненков писал о том, что "учение о мировых сделках, как и всякий договор, относится собственно к области права материального ...определений, относящихся до существа мировых сделок... нет в нашем кодексе материального права; в законодательствах же иностранных определения, к существу мировых сделок относящиеся, помещаются обыкновенно в гражданских кодексах" <1>. И.М. Тютрюмов подчеркивал, что "судопроизводственный закон обращает исключительное внимание на такие правила о мировых сделках, которые называются условиями процесса, не затрагивая вопроса с точки зрения материального права. Будущее гражданское уложение... должно содержать в себе ряд правил о сем предмете, по примеру большинства современных законодательств" <2>.

<1> Анненков К. Указ. соч. С. 225.

<2> Гражданское уложение. Проект высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. Т. 2. СПб., 1910. С. 1196.

Действительно, в дореволюционных процессуальных законах - Уставе гражданского судопроизводства, Уставе судопроизводства торгового - содержались воспринятые из французского права положения, определяющие процедуру заключения и утверждения мировой сделки в судебном процессе, которые А.С. Парамонов называл весьма скромно характеризующими мировую сделку <1>.

<1> См.: Парамонов А.С. Мировая сделка // Вестник права. 1900. N 3. С. 131.

Цивилистами того времени отмечалось, что при наличии правил о судебной мировой сделке в процессуальном законодательстве России XIX - начала XX в. о внесудебной мировой сделке "говорится мимоходом; в общем к ней применяются правила о судебной мировой сделке" <1>. Дореволюционное гражданское право вовсе не содержало правил о мировой сделке, и обнаружить каких-либо общих положений, регулирующих мировую сделку, было нельзя. Как писал А.С. Парамонов, этот "институт, весьма не новый, но по какой-то случайности не находит теперь себе места в материальном праве" <2> (хотя, надо отметить, в т. X Свода законов иногда упоминаются случаи "полюбовного урегулирования" <3>).

<1> Синайский В.И. Указ. соч. С. 366.

<2> Парамонов А.С. Указ. соч. С. 131.

<3> См., например: Гражданские законы. Свод законов. Т. X. Ч. 1. По решениям Правительствующего сената. СПб., 1878. Ст. 1528.

Этот недостаток предусматривалось исправить в Гражданском уложении Российской империи, в проекте которого регламентации мировой сделки было уделено значительное внимание, и более того, была включена целая глава, непосредственно посвященная мировой сделке.

В частности, проект Гражданского уложения определял мировую сделку как договор о прекращении путем взаимных уступок возникшего или могущего возникнуть спора о праве гражданском (ст. 2575) <1>. В нем, в частности, предусматривались положения о недействительности мировой сделки в случае ошибки в существенных обязательствах (ст. 2581), о том, что мировая сделка не может распространяться на те права, которые возникли после заключения сделки или которые не были известны сторонам (ст. 2579). Вместе с тем не допускалось оспаривание мировой сделки, заключенной при неизвестных сторонам обстоятельствах дела, хотя бы впоследствии открылись новые документы: в этом случае мировая сделка должна признаваться действительной (исключением из общего правила признавался случай, когда противная сторона умышленно скрыла их).

<1> Нумерация статей здесь дается по проекту Гражданского уложения в редакции 1910 г.

К сожалению, этим положениям не суждено было войти в российское гражданское законодательство. И подобно дореволюционному гражданскому законодательству, действующий ГК РФ вовсе не содержит положений о мировой сделке. А единственную норму, определяющую содержание всякой мировой сделки, можно обнаружить... в процессуальном законе: ч. 2 ст. 140 АПК РФ предусматривает, что мировое соглашение должно содержать согласованные сторонами сведения об условиях, о размере и сроках исполнения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой; в мировом соглашении могут содержаться условия об отсрочке или о рассрочке исполнения обязательств ответчиком, об уступке прав требования, о полном или частичном прощении либо признании долга и иные условия, не противоречащие федеральному закону. Там же отыскиваются и нормы о форме договора (мирового соглашения). Таким образом, материально-правовые по сути нормы содержатся в процессуальном законодательстве.

Обращение к зарубежному законодательству позволяет сделать вывод о том, что ему несвойственно то невнимание к мировой сделке, которое характеризует российское гражданское законодательство: в праве многих зарубежных стран институт мировой сделки достаточно подробно урегулирован нормами гражданского права. Например, во Франции мировая сделка регулируется нормами, содержащимися в ст. 2044-258 Гражданского кодекса (тит. XV "О мировых сделках" кн. III "О различных способах, которыми приобретает имущество"); в Италии мировой сделке посвящен разд. 25 тит. III "Об отдельных видах договоров" кн. 4 "Об обязательствах" Гражданского кодекса 1942 г.; в Германии положения о мировой сделке содержатся в § 127а, 779 (разд. 21 кн. 2 "Обязательственное право"), 782, 1822. При этом процессуальное законодательство большинства зарубежных стран решает отдельные вопросы судебных мировых сделок, имеющие прямое отношение к судебному процессу: например, вопросы допустимости их заключения по тем или иным категориям дел, наличия полномочий на заключение мировой сделки в суде, порядка утверждения судом и проч.

В российском процессуальном законодательстве наиболее подробное урегулирование порядка рассмотрения и утверждения судом мирового соглашения содержится в АПК РФ. В нем установлены следующие общие правила:

1) мировое соглашение может быть заключено сторонами на любой стадии арбитражного процесса (ч. 1 ст. 139); по любому делу, если иное не предусмотрено АПК РФ или иным федеральным законом (ч. 2 ст. 139);

2) в силу ч. 4 ст. 49, ч. 2 ст. 138 субъектами мирового соглашения могут быть стороны процесса;

3) представитель стороны должен быть наделен полномочиями на заключение мирового соглашения от имени представляемого лица, что специально оговаривается в доверенности, выдаваемой представляемым, или ином документе, подтверждающем полномочия представителя (ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 140);

4) мировое соглашение заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями (ч. 1 ст. 140); составляется и подписывается в количестве экземпляров, превышающем на один экземпляр количество лиц, заключивших мировое соглашение, и один из этих экземпляров приобщается арбитражным судом к материалам дела (ч. 4 ст. 140);

5) мировое соглашение подлежит утверждению арбитражным судом; вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается арбитражным судом в судебном заседании; по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения выносится определение об утверждении мирового соглашения или отказе в утверждении мирового соглашения (ч. 4 ст. 139, ст. 141);

6) арбитражный суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц (ч. 6 ст. 141);

7) если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении судебных расходов, арбитражный суд разрешает этот вопрос в общем порядке при утверждении мирового соглашения (ч. 3 ст. 140);

8) в ч. 7 ст. 141 предусмотрено, что в определении об утверждении мирового соглашения обязательно указываются условия мирового соглашения и распределение судебных расходов между сторонами. Кроме того, арбитражный суд обязан вернуть истцу из федерального бюджета половину уплаченной государственной пошлины (за исключением случаев, если мировое соглашение заключено в процессе исполнения судебного акта арбитражного суда);

9) после утверждения мирового соглашения арбитражный суд определением прекращает производство по делу (ч. 2 ст. 150);

10) определение об утверждении мирового соглашения подлежит немедленному исполнению и может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения (ч. 8 ст. 141);

11) мировое соглашение исполняется лицами, его заключившими, добровольно, в порядке и сроки, которые ими предусмотрены; мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению с соблюдением общих правил, регулирующих исполнение актов арбитражного суда, на основании исполнительного листа, выдаваемого арбитражным судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение (ст. 142).

Процедура утверждения мирового соглашения подробно определена в ст. 141 АПК РФ:

- вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается арбитражным судом в судебном заседании;

- участвующие в деле лица извещаются о времени и месте судебного заседания;

- в случае неявки в судебное заседание лиц, заключивших мировое соглашение и извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, вопрос об утверждении мирового соглашения не рассматривается (если от этих лиц не поступило заявление о рассмотрении данного вопроса в их отсутствие);

- вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается в срок, не превышающий месяца со дня поступления в суд заявления о его утверждении;

- по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения суд делает вывод об утверждении мирового соглашения или отказе в утверждении мирового соглашения;

- по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения суд выносит определение, где в обязательном порядке должно быть указано:

1) на утверждение мирового соглашения или отказ в утверждении мирового соглашения;

2) в случае утверждения мирового соглашения - его условия;

3) в случае утверждения мирового соглашения - решение вопроса о возвращении истцу из федерального бюджета половины уплаченной им государственной пошлины;

4) на распределение судебных расходов.

Регулирование порядка рассмотрения и утверждения судом мирового соглашения, содержащееся в ГПК РФ, далеко от совершенства и явно недостаточно. То обстоятельство, что нормы, касающиеся порядка заключения и утверждения мирового соглашения, разбросаны по всему тексту ГПК РФ, безусловно, затрудняет восприятие и ограничивает использование на практике мирового соглашения. Причем это утверждение распространяется как на судей, так и на граждан, которым по отрывочным и весьма кратким формулировкам, содержащимся в ГПК РФ, весьма сложно составить общее представление о мировом соглашении, его содержании, договорных условиях, правовых последствиях, порядке заключения, утверждения и исполнения <1>.

<1> О необходимости совершенствования ГПК РФ в части регулирования мирового соглашения см., например: Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 11. С. 2 - 5.

В ГПК РФ удастся обнаружить следующие общие правила, касающиеся заключения и утверждения мирового соглашения:

1. Стороны обладают возможностью окончить дело мировым соглашением (ч. 1 ст. 39); суд обязан проверить мировое соглашение (ч. 2 ст. 39) и в том случае, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц, отказать в его утверждении (ч. 4 ст. 173).

2. Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, прокурор, лица, подавшие заявление в защиту законных интересов других лиц, не обладают правом заключать мировые соглашения (ст. ст. 43, 45, 46).

3. Представитель стороны вправе заключать мировое соглашение от имени представляемого только в том случае, если такое право специально оговорено в доверенности, выданной представляемым лицом (ст. 54).

4. При заключении мирового соглашения стороны обязаны предусмотреть порядок распределения судебных расходов, в том числе расходов на оплату услуг представителей (ст. 101). В том случае, если стороны такой порядок не предусмотрели, этот вопрос решает суд.

5. Судья при подготовке дела к судебному разбирательству принимает меры по заключению сторонами мирового соглашения (ст. 150), при рассмотрении дела по существу выясняет, не желают ли стороны закончить дело мировым соглашением (ст. 172), а кроме того, суд обязан разъяснить сторонам последствия заключения мирового соглашения (ч. 2 ст. 173).

6. Условия мирового соглашения заносятся в протокол судебного заседания и подписываются обеими сторонами, а если заявления сторон выражены в письменном виде, то они приобщаются к делу, что отражается в протоколе судебного заседания (ч. 1 ст. 173). В определении об утверждении мирового соглашения указываются его условия (об этом прямо указано в ч. 3 ст. 173).

7. В случае утверждения мирового соглашения суд прекращает производство по делу (ст. 220).

Небезынтересны правила рассмотрения и утверждения мирового соглашения, закрепленные в законодательстве об арбитраже.

В ст. 30 Закона о международном коммерческом арбитраже установлено, что в случае урегулирования сторонами спора международный арбитраж прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях <1>. При этом в соответствии с п. 2 упомянутой статьи арбитражное решение на согласованных условиях должно содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Иными словами, международный коммерческий арбитраж не разрешает спор по существу, а выносит решение, которым, по сути, оформляет состоявшуюся мировую сделку. Такое арбитражное решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

<1> Эта статья воспроизводит ст. 30 Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международном коммерческом арбитраже", устанавливающую, что, если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулировали спор, арбитражный суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Закон о третейских судах регулирует порядок рассмотрения и утверждения мирового соглашения более подробно и несколько иначе. Требования, предъявляемые к мировому соглашению, заключаемому в процессе третейского разбирательства, законодатель сформулировал в п. 3 ст. 32 Закона о третейских судах: мировое соглашение не должно нарушать прав и законных интересов других лиц и не может противоречить законам и иным нормативным правовым актам <1>.

<1> В отличие от названной статьи Закона о третейских судах, в частности, ч. 3 ст. 139 АПК РФ установлены более узкие рамки требований: АПК РФ требует, чтобы мировое соглашение не нарушало права и законные интересы других лиц и не противоречило закону.

В том случае, если арбитраж (третейский суд) не нашел препятствий к утверждению мирового соглашения, он принимает решение об утверждении мирового соглашения. В ст. 38 Закона о третейских судах предусмотрено, что третейский суд, если им принято решение об

утверждении письменного мирового соглашения, выносит определение о прекращении третейского разбирательства.

Таким образом, законодателем избран подход, принципиально отличающийся от подхода, закрепленного в Законе о международном коммерческом арбитраже. Это обусловлено в том числе и тем, что законопроект, регламентирующий порядок деятельности третейских судов, подготавливался и обсуждался параллельно с законодательством, определяющим судопроизводство в государственных судах (АПК РФ и ГПК РФ). Одновременная разработка и принятие новейшего законодательства о третейском разбирательстве и названных процессуальных кодексов повлекли единообразное решение вопросов мирового соглашения, которые требовали различных подходов, диктуемых особенностями регулируемых областей <1>.

<1> О негативных последствиях такого законодательного решения подробнее сказано в ст.: Рожкова М.А. Мировое соглашение в Законе о третейских судах // Третейский суд. 2004 (ноябрь). N 5. С. 109 - 113.

1.3. Сущность мирового соглашения

Как указывалось выше, в российской правовой доктрине длительное время главенствующей была позиция, согласно которой институт мирового соглашения рассматривался исключительно как процессуальный институт. Эта идея настолько глубоко укоренилась, что до сих пор разработкой судебных мировых соглашений занимаются почти исключительно процессуалисты <1>, отказывающиеся учитывать цивилистическую теорию мировой сделки как чуждую процессуальному праву. В результате материально-правовая сущность судебной мировой сделки не разрабатывается, а в качестве приоритетных исследуются процессуальные проблемы, связанные с процедурой рассмотрения и утверждения судом мирового соглашения и принудительного его исполнения.

<1> См., например: Пилехина Е.В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: Дис. ... к.ю.н. СПб., 2001 (специальность 12.00.15); Ясеновец И.А. Мировое соглашение в арбитражном процессе: актуальные проблемы теории и практики: Дис. ... к.ю.н. М., 2002 (специальность 12.00.15); Базаров В.А. Институт мирового соглашения: сравнительные аспекты и пути развития: Дис. ... к.ю.н. СПб., 2004 (специальность 12.00.15); Князев Д.В. Мировое соглашение в арбитражном процессе: Дис. ... к.ю.н. Томск, 2004 (специальность 12.00.15); Лазарев С.В. Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: Дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2004 (специальность 12.00.15); Брыжинский А.А. Альтернативное разрешение правовых споров и конфликтов в России: Дис. ... к.ю.н. Саранск, 2005 (специальность 12.00.15); Захарьяшева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития): Дис. ... к.ю.н. Саратов, 2005 (специальность 12.00.15); Черникова О.С. Мировое соглашение как процедура в арбитражном процессе: Дис. ... к.ю.н. Саратов, 2006 (специальность 12.00.15).

Такая односторонность или, точнее, исключительно процессуальный аспект исследований вопросов мирового соглашения способствовали выдвигению ошибочного тезиса, согласно которому стороны частноправового спора, обратившиеся в суд за его разрешением, наделены правом осуществлять функцию суда - разрешать собственный спор (об этом упоминалось в гл. IV настоящей работы).

Данному заблуждению, по сути, положил основу Р.Е. Гукасян, провозгласивший, что мировые соглашения представляют собой "способ разрешения спора самими спорящими сторонами на взаимоприемлемых для них условиях" <1> и "являются актами разрешения гражданско-правового спора" <2>. Хотя справедливости ради нельзя не отметить, что об этом говорилось и ранее. Например, О. Степанова указывала, что "спор может быть разрешен и путем утверждения судом мировой сделки (соглашения)" <3>.

<1> Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве: Автореф. дис. ... д.ю.н. Саратов, 1971. С. 29.

<2> Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 131.

<3> Степанова О. Судебная мировая сделка // Социалистическая законность. 1959. N 10. С. 30.

Многочратно повторенное в литературе утверждение о том, что мировое соглашение есть способ разрешения спора его сторонами, рассматривается фактически как аксиома, хотя для такого утверждения нет и никогда не было оснований. Более того, в его развитие некоторыми

юристами делается вывод о том, что, допуская мировое соглашение (как способ разрешения спора самими спорящими сторонами), "суд как бы снимает с себя ответственность за необоснованность судебного акта" <1>.

<1> Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Мировое соглашение в практике арбитражных судов // Арбитражная практика. 2003. N 4. С. 49. Цитируемое утверждение воспроизведено в ст.: Корнеева Т.Н. Мировое соглашение - добровольное волеизъявление сторон // Арбитражная практика. 2006. N 10. С. 70 - 73.

Трактовка мирового соглашения, заключаемого в суде, как способа разрешения спора спорящими сторонами противоречит конституционному принципу организации правосудия, согласно которому правосудие осуществляется только судом (ст. 118 Конституции РФ). Этот принцип находит свое отражение в нормах процессуального права: ч. 2 ст. 12 ГПК РФ, ч. 3 ст. 9 АПК РФ предусмотрено, что руководство процессом осуществляет суд (аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 19 Закона о третейских судах). Основываясь на этих положениях, судья (государственного или третейского суда) начинает, ведет и завершает процесс по делу; он направляет процесс и руководит им; все решения как по вопросам материального права, так и по вопросам процессуального права принимаются только судьей (судом).

Стороны спора не осуществляют направление и руководство процессом, они не вправе выносить решения, т.е. исполнять функции судебных органов. Следовательно, стороны не могут разрешить правовой спор, возникший между ними. В то же время стороны наделены правом урегулировать (окончить) этот спор путем заключения мировой сделки. Таким образом, мировое соглашение - результат урегулирования спора сторонами, но не его разрешения (об этом говорилось в гл. IV настоящей книги).

Данная точка зрения автора настоящей главы (высказываемая и в более ранних работах) обнаруживает подтверждение в судебной практике. В частности, в Постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа говорится о том, что "роль суда при утверждении мирового соглашения состоит не в проверке законности разрешения спора самими спорящими сторонами. Стороны не разрешают спор, а, достигнув соглашения между собой, прекращают спор. То есть, отказавшись от судебной защиты своего права, стороны ликвидируют возникший правовой конфликт путем самостоятельного (без государственного вмешательства) урегулирования имеющихся у них разногласий на взаимоприемлемых условиях" <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28 декабря 2004 г. по делу N Ф04-8963/2004(7264-А45-30). Подобное мнение высказано в Постановлении ФАС Центрального округа: "Смыслом мирового соглашения является примирение сторон: урегулирование спора, переданного на разрешение суда, и прекращение производства по делу либо же прекращение исполнительного производства, направленного на принудительную реализацию судебного акта по разрешенному спору" (Постановление ФАС Центрального округа от 19 апреля 2005 г. по делу N А64-2201/04-08).

Допущенная Р.Е. Гукасяном и поддерживаемая сторонниками его позиции небольшая, казалось бы, лингвистическая погрешность привела к непониманию существа мирового соглашения. Закрепление же в АПК РФ положения о принудительном исполнении мирового соглашения по правилам, установленным для судебного решения, привело к тому, что мировое соглашение стали рассматривать фактически в качестве разновидности судебного акта.

Так, одни авторы признают, что мировое соглашение, представляющее собой, по их мнению, соглашение о разрешении судебного спора, после утверждения судом "приобретает силу судебного решения" <1>. Другие прямо говорят о том, что мировое соглашение является актом судебной власти <2>. Третьи считают, что утверждение мирового соглашения придает ему статус судебного акта, снабженного силой принудительного исполнения <3>. Некоторыми авторами предпринимаются попытки обосновать то, что "мировое соглашение является не просто актом договорного права, но актом, который возникает в результате деятельности суда" <4>. Имеют место утверждения о том, что в отличие от зарубежных стран, где мировое соглашение оформляется актом сторон, "в российском праве мировое соглашение оформляется актом судебной власти" <5>.

<1> Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Указ. соч. С. 47.

<2> См.: Юрченко С.В. К вопросу о юридической природе мирового соглашения // Юридический вестник. Ростов н/Д., 1999. N 1. С. 81.

<3> См.: Яцева Е. Общие условия действительности мирового соглашения по делу о банкротстве должника // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 10. С. 26.

<4> Рухтин С.А. Мировое соглашение: проблемы заключения и исполнения при банкротстве // Журнал российского права. 2001. N 7. С. 109.

<5> Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых вопросов (по праву России и некоторых зарубежных стран): Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2004. С. 25.

Дореволюционная литература демонстрирует вроде бы схожие заключения. Например, А.С. Парамонов писал, что "мировая сделка есть закон для помирившихся", которая равносильна судебному решению <1>. А. Любавский подчеркивал, что мировая сделка "с формальной стороны и по своим практическим последствиям равносильна вошедшему в законную силу судебному решению" <2>. Эти выводы были основаны на положении ст. 1364 Устава гражданского судопроизводства, предусматривавшем, что мировая сделка признается равносильной судебному решению, вступившему в законную силу и не подлежащему обжалованию <3>. Однако при некотором внешнем сходстве с изложенными утверждениями современных авторов эти выводы все же отличаются от первых: в них упоминается сила мирового соглашения, равная силе судебного акта, но не отождествляются мировое соглашение и судебное решение.

<1> См.: Парамонов А.С. Указ. соч. С. 131, 137.

<2> Любавский А. О значении мировых сделок // Юридические монографии и исследования. Т. 1. СПб.: Тип. товарищества "Общественная польза", 1867. С. 353.

<3> Наличие этого положения в Уставе гражданского судопроизводства может быть объяснено влиянием французского права: ст. 2052 Французского гражданского кодекса предусматривает норму о том, что мировые сделки имеют для заключивших их сторон влияние судебного решения, вынесенного последней инстанцией (о понятии "влияние судебного решения", противопоставляемом понятию "сила судебного решения", см.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с фр. В. Захватаева; отв. ред. А. Довгерт. Киев: Истина, 2006. С. 421, 583, 678).

Надо отметить, что некоторая неясность формулировки, содержащейся в ст. 1364 Устава гражданского судопроизводства, побудила составителей проекта этого Устава к определенным действиям. В объяснительной записке к проекту Устава указывалось следующее: "...мировая сделка, как всякий договор, может быть оспариваема и признаваема недействительною по причинам, предусмотренным в законах гражданских, например, за отсутствием свободной воли одной из заключивших ее сторон... причем то обстоятельство, была ли сделка совершена при участии общественной власти или без этого участия, представляется в сущности безразличным. Принимая во внимание, что означенное постановление ст. 1364, без сомнения, определяет только... процессуальное значение мировых сделок, Комиссия признала желательным оттенить различие, существовавшее между сими сделками и окончательными судебными решениями, путем включения в проект специального правила о том, что мировые сделки не изъеются от действия общих предписаний гражданского законодательства об условиях действительности договоров" <1>. Таким образом, в гражданском праве дореволюционного периода четко различались мировая сделка и судебное решение.

<1> Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства. Т. III. СПб., 1900. С. 132 - 133.

Сегодня же широкое распространение получило фактическое отождествление мирового соглашения и судебного акта.

Видение за мировым соглашением исключительно судебного акта не только является неверным, но и влечет за собой неправильное применение отдельных положений процессуального законодательства. Сопоставление судебного решения с мировым соглашением дает основания для следующих выводов.

Судебное решение можно рассматривать в трех значениях, но в любом из них оно связано с правоприменительной деятельностью суда <1>. Судебное решение - это:

<1> Позиция автора настоящей главы в отношении судебного решения изложена в кн.: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 90 - 92.

- действие суда, понимаемое с процессуальных позиций в качестве завершающего рассмотрение текущего вопроса или рассмотрение дела в целом (итоговое решение);

- результат правоприменительной деятельности по делу в целом, подразумевающий ответ суда по существу дела (т.е. предписание суда, адресованное сторонам дела), который с позиций ст. 8 ГК РФ признается основанием возникновения гражданских прав и обязанностей;

- акт - документ, фиксирующий результат правоприменительной деятельности суда в случае разрешения дела по существу.

Мировое соглашение также можно рассматривать в трех аспектах:

- действие сторон, т.е. договор-сделка, который в силу ст. 8 ГК РФ признается основанием возникновения гражданских прав и обязанностей;

- результат примирения сторон, влекущий прекращение спора между ними;

- договор - документ, оформляющий результат соглашения сторон.

Основываясь на положениях ст. 8 ГК РФ, можно утверждать, что и судебное решение, и мировое соглашение (суть гражданско-правовая сделка) являются юридическими фактами, влияющими на гражданские права и обязанности сторон частного спора. Но мировое соглашение нельзя приравнивать к судебному решению по причине различий в их правовой природе: мировое соглашение есть гражданско-правовая сделка, совершаемая сторонами в специально предусмотренной законом форме, которая обязательна лишь для участвующих в ней лиц; судебное решение - акт судебного органа, оформляющий результат правоприменительной деятельности суда и издаваемый в пределах предоставленных ему полномочий, имеющий общеобязательную силу (решения государственных судов) и обязательный для сторон (решения третейских судов) <1>. Кроме того, направленность мирового соглашения и направленность судебного решения различны: стороны, отказываясь от судебной защиты, заключают мировое соглашение, тогда как суд, осуществляя судебную защиту, выносит судебное решение.

<1> См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 165.

Таким образом, мировое соглашение и судебный акт есть равновеликие правовые явления, обладающие юридической силой и влекущие правовые последствия, соответствующие их правовой природе. Можно их сопоставлять и сравнивать их юридическую силу, но нельзя подменять одно другим или отождествлять - это различные юридические факты, ни один из которых не может подменять другой.

Понимание мирового соглашения как судебного акта создало благодатную почву для утверждений о том, что мировое соглашение влечет за собой процессуальные последствия. И прекращение производства по делу нередко рассматривается в качестве сущностного признака мирового соглашения, что дает возможность относить мировое соглашение к процессуальным соглашениям, цель которого состоит только в прекращении процесса.

Между тем это не так. Вывод о том, что, заключая мировое соглашение, стороны стремятся лишь к наступлению процессуального (процедурного) последствия - прекращению производства по делу или исполнительного производства, необоснован.

Для сторон важно урегулировать вопрос их частных отношений, и в случае урегулирования этого вопроса к взаимной выгоде они утрачивают интерес к продолжению судебного процесса (или исполнительного производства). Эта мысль была высказана еще в конце XIX в. Е.А. Нефедьевым, который подчеркивал, что "в гражданских делах (в противоположность уголовным) установление миролюбивых отношений между сторонами не составляет конечной цели... а лишь открывает возможность для заключения мировой сделки и приведения дальнейших отношений между сторонами в полное соответствие с справедливостью" <1>. Урегулирование спора и заключение мирового соглашения на взаимоприемлемых условиях суть ликвидация самого спора.

<1> Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань: Тип. Губернского Правления, 1890. С. 17 - 18.

Урегулирование спора лишает суд возможности продолжить судебное разбирательство: разбирать попросту нечего, поскольку, как писал Е.А. Нефедьев, урегулированием спора "уничтожается основание для дальнейшей судебной деятельности" <1>. В результате - за отсутствием спора о праве - судебный процесс лишается предмета рассмотрения, что влечет за собой прекращение производства по делу. То есть ликвидация спора о праве (правового спора) - вот обстоятельство, влекущее процессуальные последствия, в том числе прекращение производства по делу <2>.

<1> Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 339.

<2> Существует несколько такого рода обстоятельств, возникающих после возбуждения дела и свидетельствующих о том, что спора о праве (правового спора) как такового уже не существует. К ним относятся случаи, когда: 1) истец отказался от иска, и такой отказ принят судом (ст. 220 ГПК РФ; п. 4 ч. 1 ст. 150 АПК РФ); для арбитража (третейского суда) в этом случае необходимо и отсутствие возражений ответчика против прекращения производства по делу (п. 2

ст. 32 Закона о международном коммерческом арбитраже; ст. 38 Закона о третейских судах); 2) одной стороны спора уже нет: гражданин, являвшийся стороной по делу, умер либо организация, являвшаяся стороной по делу, ликвидирована (ст. 220 ГПК РФ; п. п. 5, 6 ч. 1 ст. 150 АПК РФ; ст. 38 Закона о третейских судах); 3) стороны достигли соглашения о прекращении третейского разбирательства (п. 2 ст. 32 Закона о международном коммерческом арбитраже; ст. 38 Закона о третейских судах); 4) стороны заключили мировое соглашение, которое суд утвердил (ст. 220 ГПК РФ, ч. 2 ст. 150 АПК РФ; ст. 38 Закона о третейских судах).

Важным является то, что в случае заключения спорящими сторонами мирового соглашения суду необходимо совершить по крайней мере два процессуальных действия. Ему предстоит вынести:

- решение по текущему вопросу - об утверждении мирового соглашения. С процессуальной точки зрения такое решение свидетельствует о том, что суд совершил все процессуальные действия, предусмотренные законом для случаев заключения сторонами судебной мировой сделки. В частности, проверил полномочия представителей сторон на подписание мирового соглашения, оценил мировое соглашение на предмет законности, исполнимости и проч. С материальной точки зрения данное решение суда по текущему вопросу, оформленное определением, является юридическим фактом, который необходим для вступления в действие мирового соглашения. Иными словами, с момента утверждения судом мирового соглашения оно становится действующим;

- итоговое решение - о прекращении производства по делу по причине отсутствия между сторонами спора в связи с заключением сторонами мирового соглашения. С процессуальной точки зрения этим решением прекращается производство по делу без вынесения решения по существу, что в соответствии с ч. 3 ст. 151 АПК РФ и ст. 221 ГПК РФ является препятствием повторному обращению в суд по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям. Е.В. Васьковский писал, что окончание процесса без разрешения дела по существу осуществляется путем вынесения определения об оставлении иска без рассмотрения или определения о прекращении производства. Такие определения он обозначал как пресекательные определения, которые "обладают только формальной законной силой и не имеют материальной, потому что, не разрешая дела по существу, не определяют гражданско-правовых требований и отношений сторон" <1>.

<1> Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М.: Изд. бр. Башмаковых, 1914. С. 456.

Каждое из этих процессуальных действий является самостоятельным и допускает различные возможности по обжалованию:

- решение по текущему вопросу, оформленное определением об утверждении мирового соглашения, согласно ч. 8 ст. 141 АПК РФ предусматривает обжалование в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения;

- итоговое решение, оформленное определением о прекращении производства по делу, согласно ч. 2 ст. 150, ч. 2 ст. 151 АПК РФ, допускает его обжалование по общим правилам.

В силу ч. 3 ст. 184 АПК РФ арбитражный суд должен выносить определение в виде отдельного судебного акта в тех случаях, когда данный Кодекс предусматривает возможность обжалования определения отдельно от обжалования судебного акта, которым заканчивается по существу.

Учитывая, что в данном случае дело не рассматривается по существу, вынесение отдельных судебных актов (определения об утверждении мирового соглашения и определения о прекращении производства по делу) не является обязательным. С учетом этого судебная практика пошла по пути объединения в едином судебном акте (акте-документе) одновременно двух определений: об утверждении мирового соглашения, оформляющего решение по текущему вопросу, и о прекращении производства по делу, оформляющего итоговое решение (вследствие отсутствия предмета разбирательства - ликвидации спора).

Таким образом, мировое соглашение следует рассматривать как предпосылку для прекращения производства, а непосредственным основанием для прекращения производства является отсутствие спора между сторонами. И таким образом, прекращение в суде производства по делу не может быть отнесено к существенным признакам мирового соглашения.

Указанное дает основания для утверждений о неточности законодателя, который включил мировое соглашения в число оснований прекращения производства по делу (ст. 220 ГПК РФ; ст. 150 АПК РФ). Примечательно, что в Законе о третейских судах несколько по-иному сформулировано положение о прекращении третейского разбирательства; в нем не говорится об основаниях прекращения разбирательства, а используется достаточно гибкая формулировка о вынесении определения о прекращении третейского разбирательства "в случаях". Весьма отраднo и то, что в ст. 43 Федерального закона от 2 октября 2007 г. "Об исполнительном производстве"

(далее - Закон об исполнительном производстве) законодатель, отказавшись от используемого ранее указания на основания прекращения исполнительного производства, говорит о его необходимости "в случаях".

Думается, вышесказанное должно найти свое отражение в разъяснениях высших судебных органов, поскольку участники мирового соглашения далеко не во всех случаях адекватно оценивают результаты его заключения.

Расценивая мировое соглашение именно (и только) как основание для прекращения производства по делу, спорящие стороны не учитывают гражданско-правовые последствия его заключения. И в результате этого сформулированные сторонами договорные условия (определяющие права и обязанности сторон), составляющие мировое соглашение, страдают нечеткостью и расплывчатостью. Эти недостатки препятствуют утверждению мировых соглашений судом, а в случаях, если неясное мировое соглашение все же утверждается судом, - их исполнению. Последствием этого нередко выступают отказ стороны (или обеих сторон) от исполнения мирового соглашения и возврат к прежнему правоотношению, прекращенному или измененному мировым соглашением. Более того, нередко такой возврат чреват повторным возобновлением спора, что влечет за собой предъявление иска, тождественного искомому требованию, производство по которому было прекращено в связи с заключением мирового соглашения, и т.д.

Видение за мировым соглашением только процессуального основания для прекращения производства по делу приводит к подмене понятий "мировое соглашение" и "определение об утверждении мирового соглашения". Некоторые авторы, понимая под мировым соглашением не что иное, как определение суда, содержащее изложение условий мировой сделки, предпринимают попытки обосновать утверждение, согласно которому мировое соглашение "не есть гражданско-правовая сделка в обычном ее понимании... не является исключительно и судебным актом" <1>. Другие прямо называют определение об утверждении мирового соглашения процессуальной формой мирового соглашения <2>.

<1> Прохоренко В.В. Правовая природа мирового соглашения // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научн. тр. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Ин-т частного права, 2002. С. 340, 345.

<2> См., например: Серегина Н.М. Исправление недостатков в определении об утверждении мирового соглашения и прекращении производства по делу // Юрист. 2000. N 9. С. 8.

Подобный подход обнаруживается и в судебной практике: например, в п. 19 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" (информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 2001 г. N 59), содержится указание на то, что "определение арбитражного суда об утверждении мирового соглашения о передаче в собственность недвижимого имущества представляет собой судебный акт, определяющий условия и содержание гражданско-правовой сделки с этим имуществом".

Такая подмена понятий во многом связана и с тем, что условия мирового соглашения надлежит излагать в резолютивной части определения об утверждении мирового соглашения. Данное правило (о необходимости изложения условий мирового соглашения в резолютивной части определения) - результат судебного нормотворчества. Поскольку ч. 7 ст. 141 АПК РФ устанавливает правило о том, что условия мирового соглашения должны быть указаны в определении об утверждении мирового соглашения, не конкретизируя, в какой именно его части, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ счел правильным требовать изложения условий мирового соглашения именно в резолютивной части определения <1>.

<1> Пункт 12 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 октября 1996 г. N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции".

Такой подход неверен. И дело даже не в том, что нередко обязательность изложения условий мирового соглашения в резолютивной части судебного акта приводит к казусам <1>: существуют и иные основания сомневаться в правильности избранного подхода.

<1> Весьма эффективным тому примером является случай отмены кассационной инстанцией арбитражного суда определения об утверждении мирового соглашения по причине отсутствия в резолютивной части этого определения полного текста мирового соглашения, которое было изложено на 73 (!) листах (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 января 2003 г. по делу N А56-9806/02).

Прежде всего, результатом названных рекомендаций Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ явилось то, что текст мирового соглашения нередко воспроизводится дважды в одном и том же определении: в описательной и резолютивной его частях. В частности, такой повтор обнаруживается и в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда по конкретному делу, в котором дважды изложен текст одного и того же мирового соглашения <1>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 24 октября 2006 г. N 4017/05.

С учетом того, что один экземпляр самого договора (мирового соглашения) в обязательном порядке приобщается к материалам дела (ч. 4 ст. 140 АПК РФ), двойное дублирование текста мирового соглашения в одном судебном акте лишено какого-либо смысла.

Кроме того, обязательность изложения текста мирового соглашения в резолютивной части судебного акта введена без учета того, что резолютивная часть всякого судебного акта государственного суда предназначена для оформления властных предписаний этого суда - требований органа государственной (судебной) власти, являющихся общеобязательными. В случае же утверждения судом мирового соглашения государственный судебный орган не разрешает дело по существу, и резолютивная часть судебного акта не может содержать материально-правовых предписаний; изложение же в этой части волеизъявлений частных лиц и фактически придание им тем самым свойства общеобязательности <1> по меньшей мере иррациональны. Данное утверждение основано, кроме прочего, на мнении К.П. Победоносцева, писавшего, что в прекращении дела на основании судебной мировой сделки необязательны условия, на которых состоялось примирение; ее условия должны выражаться в мировой сделке или в особом акте о примирении <2>.

<1> Представляется совершенно неверным вывод Р.Е. Гукасяна о том, что утверждение судом мирового соглашения придает ему общеобязательную силу (см.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 165), - вывод, воспроизведенный в работе О.С. Черниковой, которая пишет о том, что с момента утверждения судом мировое соглашение "приобретает обязательную силу для лиц, участвующих в деле, а также для всех государственных органов, организаций, должностных лиц и граждан и подлежит немедленному исполнению" (Черникова О.С. Мировое соглашение в арбитражном процессе // Право и экономика. 2006. N 2 (февраль)). Такое умозаключение свидетельствует об отрицании за мировым соглашением договорной природы и о трактовке его как судебного решения государственного суда, обладающего свойством общеобязательности.

<2> См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 3 т. Т. 3 / Под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 184.

Нередко в поддержку необходимости изложения условий мирового соглашения в резолютивной части определения о его утверждении указывается на то, что отсутствие этих условий именно в резолютивной части определения "делает невозможным оформление и выдачу исполнительного листа" <1>, "влечет невозможность выдачи исполнительного листа и принудительное исполнение судебного акта" <2>, "будет являться препятствием к его исполнению в принудительном порядке" <3>.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 4 июня 2002 г. по делу N Ф08-1890/2002.

<2> Постановление ФАС Уральского округа от 16 декабря 2004 г. по делу N Ф09-4144/04-ГК.

<3> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 7 сентября 2005 г. по делу N Ф08-4064/2005.

Между тем отсутствие в резолютивной части определения о прекращении производства в связи с утверждением судом мирового соглашения самого текста мирового соглашения вовсе не исключает возможность исполнения последнего.

По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 142 АПК РФ, исполнение мирового соглашения лицами, его заключившими, должно осуществляться добровольно в том порядке и в те сроки, которые предусмотрены в самом этом соглашении <1>. Добровольность исполнения мирового соглашения обусловлена тем, что стороны урегулировали возникший спор, определив взаимовыгодные условия своего примирения, и тем самым само мировое соглашение является обязательным для сторон "не столько в силу его утверждения судом, сколько в силу доброй воли и желания лиц, его заключивших, в силу полюбовного урегулирования ими спора на взаимоприемлемых условиях" <2>.

<1> В отличие от самого мирового соглашения, определение о его утверждении в силу ч. 8 ст. 141 АПК РФ подлежит немедленному исполнению (об этом будет сказано в ч. 4 настоящей главы).

<2> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М.: Городец-издат, 2003. С. 416 - 417.

В то же время, как указано в ч. 2 ст. 142 АПК РФ, при отсутствии добровольного исполнения мирового соглашения, заключенного в арбитражном суде, принудительное исполнение мирового соглашения производится на основании исполнительного листа (вопрос исполнения мировых соглашений, заключенных в третейском суде, требует отдельного рассмотрения) <1>. Важно отметить, что из текста ст. 142 АПК РФ прямо вытекает, что исполнению подлежит именно мировое соглашение, а не определение о его утверждении.

<1> Подробнее см.: Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решений третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2004. N 9. С. 171.

Интересно, что немецкое гражданское процессуальное законодательство относит мировое соглашение к исполнительным документам <1>. Да и ранее действовавший ГПК РСФСР (1964 г.) в ст. 338 предусматривал, что по правилам, изложенным в разд. V, подлежат исполнению непосредственно мировые соглашения, утвержденные судом. На этот факт обращал внимание А.И. Зинченко: им, в частности, подчеркивалось, что включение мирового соглашения в перечень актов, подлежащих принудительному исполнению, позволяет говорить о том, что исполнению подлежит именно мировое соглашение, а не определение о его утверждении <2>.

<1> См.: Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. М.: Городец-издат, 2000. С. 160

<2> См.: Зинченко А.И. Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве: Дис. ... к.ю.н. Саратов, 1981. С. 32.

С учетом сказанного для целей принудительного исполнения мирового соглашения содержание последнего было бы достаточно излагать в мотивировочной части объединенного определения суда, но подобный поворот судебной практики по традиции нуждается в соответствующем указании (разъяснении) высшей судебной инстанции. Иным образом решить этот вопрос можно было бы путем дополнения ч. 1 ст. 225 ГПК РФ, ч. 1 ст. 185 АПК РФ следующим положением: "В случае заключения сторонами мирового соглашения в мотивировочной части определения должно быть изложено содержание мирового соглашения и указано на утверждение его судом".

1.4. Характерные черты мирового соглашения

Прежде всего, хотелось бы отметить, что подробно в настоящей работе будут рассмотрены только мировые соглашения, заключаемые по делам, возникающим из гражданских правоотношений. Ограничение объемов настоящей работы не позволяет уделить внимание анализу мирового соглашения по делам о несостоятельности и мировому соглашению на стадии исполнения судебных актов: если они и будут затрагиваться, то лишь попутно. Вообще не будут исследоваться соглашения, заключаемое в процессе реструктуризации кредитных организаций, которое по своей сути не является гражданско-правовой сделкой <1>, равно как и соглашение, заключаемое по делам, возникающим из публичных правоотношений <2>.

<1> Позиция автора настоящей главы подробно изложена в кн.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. С. 132 - 136, 360 - 455; Она же. Применение в коммерческом обороте мировой сделки // СПС "КонсультантПлюс".

<2> Правила о мировых соглашениях следует применять к соглашениям, допускаемым ст. 190 АПК РФ с большой осторожностью: совпадая в том, что они оба являются наиболее приемлемыми результатами примирительных процедур, данные соглашения имеют принципиальные отличия (подробнее о них см.: Рожкова М.А. О некоторых чертах сходства мирового соглашения с соглашением, заключаемым по делам, возникающим из публичных правоотношений // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Лесницкой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 300 - 317).

Итак, предметом рассмотрения в данной работе является мировое соглашение. Но учитывая, что оно является лишь разновидностью мировой сделки - более прочно оформленной

судебной мировой сделкой, в целом мировое соглашение характеризуется теми же особенностями, которые выделяют всякую мировую сделку из ряда прочих сделок.

1. Мировая сделка (как судебная, так и внесудебная) представляет собой гражданско-правовой договор, мотивом к заключению которого является правовая неопределенность - неясность, неопределенность или спорность в правоотношении, которые повлекли (могут повлечь) возникновение между ними спора о праве либо возбудили сомнения в возможности осуществления субъективного права. Эти же мотивы служат заключению мирового соглашения, однако, учитывая, что оно заключается по спору, уже возникшему и переданному на рассмотрение суда, правовая неопределенность ограничена рамками данного спора <1>.

<1> По меткому определению Е.А. Нефедьева, "гражданско-правовые споры суть плод недоразумения, неясного представления спорящих сторон о пределах взаимных прав и обязанностей" (Нефедьев Е.А. Склонение сторон к миру в гражданском процессе. С. 27 - 28).

Правовая неопределенность всегда рассматривалась в качестве мотива мировой сделки. Так, К.П. Победоносцев признавал, что мировая сделка может преобразовать "спорные или неясные и сомнительные отношения" <1>. И.М. Тютрюмов подчеркивал, что спорность правоотношения должна пониматься в самом широком смысле, т.е. мировая сделка может касаться "таких требований, которые сами по себе бесспорны и несомненны, но лишь исполнимость или объем которых представляются неопределенными, а потому и сомнительными" <2>. В.И. Синайский писал о том, что мировая сделка может быть нацелена не только на устранение спорности правоотношения, но и на достижение осуществимости правоотношения, хотя бы и бесспорного <3>.

<1> Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 3 т. Т. 3. С. 184.

<2> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. Т. 2. СПб., 1910. С. 1196.

<3> См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 365 - 366.

Неопределенность, неясность, сомнительность, спорность прав - критерий субъективный, а не объективный, т.е. это ситуация, когда сами стороны полагают неопределенным (спорным, сомнительным) правоотношение полностью или в части либо не уверены в осуществимости своих прав в силу их спорности или неясности. Однако, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, эта субъективность "не должна переходить в совершенную безосновательность, которая способна возбудить подозрение в мотивах, побудивших стороны к мировой сделке, например, если сторона выставляет сомнительность бесспорного векселя" <1>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 343.

При этом весьма интересными представляются замечания Т.М. Яблочкова, который писал, что для мировой сделки вовсе не обязательно, чтобы стороны поступались непременно своими "проблематическими" (спорными) правами. Он полагал, что сомнительность прав - достаточный мотив для совершения судебной мировой сделки, но вовсе не обязательна сомнительность в исходе судебного процесса: стороны могут прекрасно предвидеть его итоги. Напротив, по его мнению, часто именно предвидение исхода процесса толкает сторону согласиться на мировую сделку, в связи с чем он писал: "И это - вовсе не в смысле сознания своей неправоты или сознания невозможности доказать свою правоту! Часто опыт жизни и знание несовершенства нашего судопроизводства предсказывают провал самого правового дела" <1>.

<1> Яблочков Т.М. Нормативная сила судебного решения // Вестник гражданского права. Пг., 1916. N 1. С. 47.

Правовая неопределенность побуждает стороны к совершению мирового соглашения. Следовательно, мотив мирового соглашения - устранение правовой неопределенности - представляет собой тот фундамент, который определяет цель мирового соглашения.

2. Под целью всякой мировой сделки издавна понимается прекращение начатого или предупреждение могущего возникнуть спора. Более того, именно эта цель - прекращение спора - издавна называлась в качестве основного признака мировых сделок, в том числе и мировых соглашений.

Например, в ст. 2044 Французского гражданского кодекса мировая сделка определена как договор, в силу которого стороны оканчивают возникший спор или предупреждают возникновение спора в будущем. А по германскому Уставу гражданского судопроизводства, как подчеркивал Г.

Дернбург, мировые соглашения, заключенные перед судом, наравне с судебными решениями имеют одну цель, которая направлена на окончание спора <1>.

<1> См.: Дернбург Г. Пандекты. Т. 2: Обязательственное право. М., 1911. С. 287.

Вслед за этими положениями иностранного права в ст. 2575 проекта Гражданского уложения устанавливалось, что мировой сделкой договаривающиеся стороны посредством взаимных уступок прекращают возникший или предупреждают могущий возникнуть спор о праве гражданском. В решении Правительствующего сената по конкретному делу (1881 г.) указывалось, что мировые сделки - это "такой договор, которым стороны прекращают или спор уже возникший, или могущий возникнуть в будущем, с целью предупреждения его возбуждения" <1>.

<1> Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. СПб., 1887. С. 226.

Названная цель, являясь, безусловно, весьма важной с точки зрения социально-экономической, не является правовой целью. То есть прекращение или предотвращение спора (а также устранение препятствий к осуществлению права или неясности в правоотношении) - это социально-экономическая цель мировой сделки.

В то же время названная социально-экономическая цель может быть достигнута путем реализации различных (непосредственных) правовых целей. К примеру, социально-экономическая цель устранения неясности в правоотношении (социально-экономическая цель) может быть достигнута через реализацию таких непосредственных правовых целей, как:

- прощение долга кредитором;
- признание долга должником;
- проведение сверки расчетов и согласование на ее основе действительного объема взаимных прав и обязанностей (внесудебная мировая сделка);
- отказ кредитора от исковых требований, предъявленных в суд, взамен какого-либо предоставления со стороны должника (судебная мировая сделка - мировое соглашение) и т.д.

Таким образом, мировое соглашение, имея социально-экономической целью прекращение спора или устранение препятствий к осуществлению права, преследует и непосредственные правовые цели, к которым стремятся участники конкретных мировых сделок.

3. Многообразие непосредственных правовых целей обуславливает разнообразие содержания, свойственное мировым сделкам (как судебным, так и внесудебным). Это объясняет то, что уже в классическом римском праве мировая сделка не рассматривалась в качестве самостоятельного вида договора, а признавалась основанием различных обязательств. То есть предоставления, которые по заключении мировой сделки стороны совершали друг другу, могли иметь различное содержание: имущественный эквивалент, предоставляемый ими, мог состоять в установлении, прекращении или изменении какого-либо вещного или обязательственного права; сторона могла полностью или отчасти отказаться от своего притязания, получив за это имущественный эквивалент, либо вполне или в части признать притязание другой стороны, получив за это соответствующее предоставление, и т.п. <1>

<1> См.: Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М.: Спарк, 1996. С. 210 - 211.

Та же многоаспектность содержания мировых сделок отмечалась в работах дореволюционных правоведов. Например, А.М. Гуляев признавал, что содержание мировой сделки, как и содержание нового договора, отменяющего прежнее обязательство, может быть весьма разнообразным <1>. А. Любавский считал, что делать "общую характеристику мировых сделок (то есть признавать, что ВСЕ (здесь и далее выделено мной. - М.Р.) сделки составляют отчуждение собственности, или что ВСЕ сделки представляют лишь утверждение существующих прав), не вникнув в те различные условия, которые могут заключаться в сделке, значит умышленно впадать в односторонность, с целью установить по сему предмету единство принципа, вовсе не существующего на практике" <2>.

<1> См.: Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб., 1912. С. 291.

<2> Любавский А. О значении мировых сделок // Юридические монографии и исследования. Т. 1. С. 350.

Мировая сделка, таким образом, может быть смешанным договором, т.е. сделкой, порождающей разнородные обязательства, относящиеся к различным типам договоров. Но это не является общим правилом: мировая сделка может, например, опосредовать договор купли-продажи либо вовсе не влечь возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и

обязанностей, а только подтверждать существующие права и обязанности; она может прекращать одно правоотношение и основывать другое либо только прекращать обязательство, связывающее стороны, и т.д.

Стороны внесудебной мировой сделки свободны в определении содержания договора, опосредующего эту сделку (будь то изменение или ограничение способов защиты прав, подтверждение объема прав и обязанностей, изменение, прекращение или установление новых гражданских прав и обязанностей и т.д.). Хотя, как указывалось в объяснениях к проекту Гражданского уложения, пространство действия мировой сделки ограничено теми спорами, о которых в ней прямо сказано, а в случае сомнения относительно предмета мировой сделки надлежит ее толковать в строго ограничительном смысле, что соответствует цели и существу института мировой сделки <1>.

<1> Гражданское уложение. Кн. V. Обязательства. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 5 с объяснениями. СПб.: Гос. тип., 1899. С. 309.

Более жесткие требования предъявляются к мировому соглашению, которое заключается по спору, переданному на рассмотрение суда. Весьма кратко и четко требования к объему содержания мирового соглашения сформулировал П. Елисейкин, указавший, что мировое соглашение должно "ликвидировать спорное отношение и находиться с ним в определенной связи - иначе соглашение нельзя расценивать в качестве мирового... Мировые соглашения в суде могут быть заключены лишь по поводу тех отношений, в связи с которыми был заявлен иск. В противном случае суд займется рассмотрением и утверждением обычной сделки (что не относится к компетенции судебных органов)" <1>. Ранее подобное мнение высказывал А.Г. Гойхбарг, подчеркивавший, что суд должен следить за тем, чтобы в форму мирового соглашения не облечался договор, не связанный с предметом иска <2>.

<1> Елисейкин П. Судебные мировые соглашения // Советская юстиция. 1968. N 7. С. 17.
<2> См.: Гойхбарг А.Г. Курс гражданского процесса. М.; Л.: Госиздат, 1928. С. 206.

Отрадно, что та же тенденция просматривается и в судебной практике. Так, арбитражный суд кассационной инстанции, характеризуя мировое соглашение, указал, что мировое соглашение - "это специфическая сделка, основанная на свободном волеизъявлении сторон и заключаемая ими в пределах спора, рассматриваемого в арбитражном суде" <1>. В Постановлении по другому делу был сделан вывод о том, что в анализируемом мировом соглашении стороны "урегулировали отношения, не относящиеся к предмету спора, что противоречит сути мирового соглашения как способа урегулирования судебного спора" <2>.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 ноября 2006 г. по делу N Ф08-6034/2006.

<2> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 декабря 2004 г. по делу N А56-41135/03. См. также Постановление ФАС Московского округа от 8 августа 2005 г. по делу N КГ-А41/6997-05.

Таким образом, мировое соглашение как договор должно содержать в себе только условия, которые непосредственно определяют порядок урегулирования судебного спора между сторонами и порядок исполнения этого договора; мировое соглашение не может включать в себя условия, не связанные с урегулированием спора.

4. Всякая мировая сделка (как судебная, так и внесудебная) является двусторонним договором. При этом она совершается теми лицами, которые уже связаны гражданским правоотношением (это могут быть правоотношения, возникшие из договора, причинения вреда, неосновательного обогащения и проч.): в отсутствие правоотношения между ними не может быть и речи о наличии правовой неопределенности и необходимости примирения.

Не могут рассматриваться в качестве мировой сделки односторонние акты, такие, как, например, односторонний акт прощения долга (ст. 415 ГК РФ), одностороннее освобождение должника кредитором от обязанностей, совершенное без какого-либо волеизъявления со стороны должника, и т.д. (подробнее об одностороннем отказе от иска и признании иска будет говориться в ч. 2 настоящей главы).

5. В развитие сказанного необходимо коснуться обязательного признака мировой сделки (или, как говорил В.И. Синайский, ее существенной принадлежности <1>) - взаимности уступок сторон.

<1> См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. С. 365.

Дореволюционные правоведы подчеркивали обязательность взаимности уступок, которую К.П. Победоносцев определял как средство к соглашению в мировой сделке и, подчеркивая ее обязательность, признавал, что нельзя причислять к таким уступкам "одностороннее только сознание противного права или оставление своего права" <1>. "Где нет взаимности, там нет мировой сделки, а есть только дарение, - писал Г.Ф. Шершеневич. - Поэтому неправильным представляется выражение "окончить дело миром", когда истец уменьшает на суде свои требования, которые ответчик соглашается удовлетворить, не дожидаясь судебного решения. Уступки могут состоять или в уменьшении объема существующего требования, или в замене большего другим, меньшим, требованием" <2>.

<1> Победоносцев К.П. Курс гражданского права. В 3 т. Т. 3. С. 183.

<2> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 446.

Можно согласиться с тем, что мировая сделка предусматривает некоторую взаимность уступок с обеих сторон: при совершении мировой сделки каждая из сторон соглашается что-то уступить или предоставить другой стороне (в противном случае вряд ли можно было бы говорить о ликвидирующем спор компромиссе). Однако взаимность уступок - признак, характеризующий мировую сделку скорее с позиции психологии, нежели права. С правовой же точки зрения можно говорить о возмездности мировой сделки, имеющей особую (компромиссную) природу.

К сожалению, формулировка ст. 423 ГК РФ не позволяет со всей четкостью разграничивать понятия возмездности и безвозмездности (в литературе подчеркивается, что "понятия возмездности и безвозмездности употребляются как само собой разумеющиеся, без каких-либо пояснений") <1>. Отсутствие четкого критерия, по которому можно было бы различать понятия возмездности и безвозмездности, негативно сказывается на формировании судебной практики: при утверждении мировых соглашений суды нередко настаивают не только на обязательной взаимности уступок, но и на эквивалентности предоставления обеих сторон.

<1> Максоцкий Р.А. Возмездность и безвозмездность в современном гражданском праве: Учебное пособие / Науч. ред. М.В. Кротов. М.: ТК Велби, 2002. С. 7.

Не вторгаясь в проблематику соотношения понятий "возмездность" и "эквивалентность", хотелось бы отметить, что названные понятия отнюдь не тождественны; они, как отмечает М.И. Бару, перекрещиваются, но не перекрывают друг друга, относятся друг к другу, как род к виду <1>. И таким образом, возмездность мировой сделки (в том числе мирового соглашения) вовсе не предполагает объективно эквивалентных предоставлений с обеих сторон.

<1> См.: Бару М.И. Возмездность и безвозмездность в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... д.ю.н. М., 1957. С. 6.

Для мирового соглашения эквивалентность предоставлений - опять-таки субъективный критерий. И если сами стороны признают, что производимые ими предоставления соразмерны и допустимы, нет необходимости в их объективной равноценности. Эта идея прослеживается и в работах дореволюционных правоведов. Так, например, И.М. Тютрюмов подчеркивал отсутствие надобности в том, чтобы "делаемые взаимно договаривающимися сторонами уступки были равноценны" <1>.

<1> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. Т. 2. СПб., 1910. С. 1196.

Безусловно, такое положение вещей может использоваться недобросовестными лицами, и примером тому может послужить дело, рассмотренное Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ <1>. Из материалов дела следовало, что ответчик узнал о заключенном мировом соглашении, которое от его имени было подписано неуполномоченным лицом и по которому он обязывался передать здание в погашение долга только после вручения судебным приставом-исполнителем постановления о возбуждении исполнительного производства. При этом сумма долга равнялась 135000 руб., тогда как рыночная стоимость здания - 1500000 руб., что составляло 25% балансовой стоимости всего имущества ответчика.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 13 марта 2007 г. N 8392/05.

Вместе с тем надо признать, что злонамеренное использование данного положения (об отсутствии необходимости в равноценности предоставления по мировому соглашению) вовсе не свидетельствует о дефектности самого этого положения.

Возмездность мирового соглашения, как и любого другого возмездного договора, требует, чтобы одна сторона за исполнение своей обязанности получала от другой стороны встречное предоставление. При этом возмездность мирового соглашения необязательно должна выражаться в деньгах: по его условиям стороны могут не только уплачивать деньги, но и предоставлять имущество, отказываться от осуществления права или подтверждать право, осуществлять работы или оказывать услуги, отказываться от произведения действий или, напротив, соглашаться совершить конкретные действия, влекущие правовые последствия, и т.д. Мировое соглашение допускает и неимущественное предоставление, с одной стороны, которое сопровождается имущественным предоставлением, с другой стороны <1>. Таким образом, возмездность мирового соглашения может проявляться по-разному.

<1> В.А. Рясенцев приводит примеры мировой сделки, где стороны совершают только неимущественные предоставления: в случае установления долей творческого участия между автором романа и автором литературного сценария либо между соизобретателями (см.: Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. N 12. С. 27).

Во-первых, достаточно распространенной будет ситуация, когда вытекающие из мирового соглашения обязанности потребуют встречного исполнения. Это могут быть, например, устанавливаемые мировым соглашением обязанность одной стороны передать конкретное имущество и встречная обязанность другой стороны уплатить денежную сумму. Такая зависимость действий сторон мирового соглашения является синаллагматической (от synallagma - обмен, меновое соглашение).

В качестве примера (возможно, не самого удачного) можно привести следующее дело. Одно юридическое лицо предъявило иск о взыскании с другого 222477 руб. убытков, возникших у первого по причине аварии водопроводной системы <1>. В суде кассационной инстанции сторонами было заключено мировое соглашение, по условиям которого (1) ответчик принял на себя обязанность возместить истцу убытки в сумме 100000 руб.; (2) истец обязался возместить ответчику затраты на ремонт ранее арендуемого первым нежилого помещения в размере 20000 руб. (путем зачета встречных требований).

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 31 марта 2006 г. по делу N А43-28090/2005-41-197.

Во-вторых, к возмездным относятся также и мировые соглашения, в которых обязанность одной стороны находится в условной зависимости от действий другой стороны. Например, по мировому соглашению одна сторона отказывается от притязаний на конкретное имущество, если другая сторона выплачивает ей определенную денежную сумму. Возмездными будут действия обеих сторон по такому мировому соглашению, хотя только одна сторона является обязанной произвести предоставление - лицо, которое должно передать деньги.

Например, общество предъявило к другому обществу иск из неосновательного обогащения: ответчик получил от истца дизельное топливо и, не оплатив его, передал другим лицам <1>. Сумма иска составила 782590 руб. В кассационной инстанции стороны заключили мировое соглашение, по условиям которого ответчик признал иски требования в сумме 500000 руб. (что подразумевало обязанность их выплаты истцу), а истец, в свою очередь, отказался от взыскания 282590 руб.

<1> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 августа 2005 г. по делу N Ф08-2852/2005.

Аналогичная ситуация имела место в следующем деле. Общество с ограниченной ответственностью предъявило иск о взыскании с акционерного общества неустойки за несвоевременное исполнение обязательства по оплате поставленной продукции в сумме 6305557 руб. <1>. Решением арбитражного суда иск был удовлетворен в полном объеме. Однако суд апелляционной инстанции, применив ст. 333 ГК РФ, снизил размер неустойки до 50000 руб.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26 августа 2005 г. по делу N А43-34324/2004-27-1001.

В суде кассационной инстанции сторонами было заключено мировое соглашение, содержание которого исчерпывалось одним предложением: "Стороны пришли к соглашению

определить размер неустойки в сумме 302419 рублей 55 копеек, которую ответчик обязуется выплатить в течение одного месяца со дня утверждения настоящего соглашения судом". Таким образом, в данном мировом соглашении наблюдается условная зависимость действий: в результате переговоров сторон истец, по сути, отказался от иска, а ответчик, со своей стороны, обязался выплатить определенную сумму.

В-третьих, о возмездности можно говорить и в некоторых иных случаях, когда мировое соглашение подтверждает обязанность только должника: например, в ситуации, когда кредитор свою обязанность уже исполнил, либо обязательство, из которого возник спор, является односторонне обязывающим (к таковым, в частности, относят заем и деликтные обязательства). В мировых соглашениях, заключаемых в таких случаях, обязанность должника находится в каузальной (причинной) зависимости от существа связывающего сторон отношения.

Проиллюстрировать подобную ситуацию можно на следующем деле. Акционерное общество "Мир" обратилось к обществу с ограниченной ответственностью "Заречное-НН" с иском о взыскании стоимости технического углерода в сумме 74025 руб. <1>. В кассационной инстанции сторонами было заключено мировое соглашение, которое хотелось бы воспроизвести дословно:

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11 апреля 2005 г. по делу N А43-22141/2004-23-748.

"В результате пожара, произошедшего 08.07.2004, был уничтожен груз - технический углерод марки П-803, принадлежащий ОАО "Мир" и перевозимый водителем Симоновым Б.В. на а/м МАЗ-54329 N М 429 КН, принадлежащей на праве собственности ООО "Заречное-НН", г. Богородск, в п/прицепе ОДА3-9370 N АЕ3522.

Стоимость утраченного груза определена счетом-фактурой N 1760 от 09.07.2004, выставленным ОАО "Ивановский техуглерод и резина", и составляет 74025 рублей, включая НДС.

ОАО "Мир" предоставляет ООО "Заречное-НН" рассрочку по возмещению утраченного груза на три месяца.

ООО "Заречное-НН" обязуется произвести следующие выплаты: с 12 апреля 2005 года по 12 мая 2005 года - 24675 рублей, с 12 мая 2005 года по 12 июня 2005 года - 24675 рублей, с 12 июня 2005 года по 12 июля 2005 года - 24675 рублей" <1>.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11 апреля 2005 г. по делу N А43-22141/2004-23-748.

Изложенное мировое соглашение являет пример каузальной зависимости: истец, являясь лицом, права которого были нарушены ответчиком (кредитор по деликтному обязательству), не осуществляет никаких предоставлений, не принимает на себя никаких обязанностей, тогда как ответчик - нарушитель (должник по деликтному обязательству) принимает обязательство уплатить полностью признанную им сумму в срок, определенный мировым соглашением. Уступка кредитора состоит в согласии на рассрочку исполнения должником обязательства, а его "прибыток" - в том, что спорное право требования преобразуется в бесспорное со всеми вытекающими отсюда позитивными последствиями.

Именно третья разновидность мировых соглашений служила тем камнем преткновения, в силу которого одни авторы обосновывали отсутствие необходимости во взаимности уступок по мировым соглашениям, а другие считали правильным отказывать в признании подобных соглашений мировыми, полагая, что здесь мировым соглашением оформляется одностороннее действие должника.

Между тем такого рода мировое соглашение есть волеизъявление спорящих сторон (договор), а не одностороннее действие должника; такого рода мировые соглашения, как показывает судебная практика, нередко заключаются спорящими сторонами. Отказ же в утверждении подобных мировых соглашений ограничивал кредитора (уже исполнившего обязанность из двусторонне обязывающего обязательства либо обладающего правом требования в односторонне обязывающем обязательстве) в возможности защиты его прав как добросовестного участника гражданского оборота.

Таким образом, мировое соглашение - возмездный договор, правовая зависимость действий сторон которого может быть синаллагматической, условной или каузальной.

1.5. Допустимость заключения мирового соглашения

Надо отметить, что при определении границ допустимости заключения мирового соглашения законодатель по сути ушел от решения этого вопроса, указав, что мировое соглашение может быть заключено:

1) на любой стадии арбитражного процесса и при исполнении судебного акта (ч. 1 ст. 139 АПК РФ);

2) по любому делу, если иное не предусмотрено АПК РФ или иным федеральным законом (ч. 2 ст. 139 АПК РФ) (при этом в ст. 225 АПК РФ дополнительно прямо закреплена возможность заключения мирового соглашения по делам о несостоятельности (банкротстве)).

Безусловно, первое из названных положений является совершенно правильным и не вызывает возражений. Сегодня мировые соглашения заключаются в судах всех инстанций, т.е. действительно на любой стадии судебного процесса <1>. Даже надзорная инстанция, которая вызывала наибольшее число споров специалистов <2>, допускает утверждение мировых соглашений <3>. Несколько труднее решается на практике вопрос заключения мировых соглашений на стадии исполнения судебного акта, однако верность законодательного закрепления данной возможности также не вызывает сомнений <4>.

<1> Мировое соглашение может быть заключено сторонами на любом этапе судебного разбирательства вплоть до удаления суда для вынесения итогового решения по делу. Вопрос допустимости заключения мирового соглашения на этапе подготовки дела к судебному разбирательству был предметом рассмотрения Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, который указал следующее. Согласно ч. 2 ст. 141 АПК РФ вопрос об утверждении мирового соглашения рассматривается в судебном заседании. Поэтому, если стороны договорились о заключении мирового соглашения во время подготовки дела к судебному разбирательству, о чем арбитражному суду стало известно в предварительном судебном заседании, суд может в порядке ч. 4 ст. 137 АПК РФ завершить предварительное судебное заседание, открыть судебное заседание в первой инстанции и рассмотреть в нем вопрос о возможности утверждения мирового соглашения (п. 27 приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. N 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации").

<2> И.М. Пятилетов не согласен с позицией Р.Е. Гукасяна, исключающего возможность заключения мирового соглашения в надзорной инстанции (см.: Пятилетов И.М. Мировое соглашение как способ разрешения спора о праве без вынесения судебного решения // Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций: Сб. науч. тр. М.: ВЮЗИ, 1985. С. 60).

<3> См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 13 марта 2007 г. N 8392/05.

<4> Мировое соглашение, заключаемое в период исполнения вступившего в законную силу судебного акта, - это самостоятельная разновидность мирового соглашения, которое допустимо на стадии исполнения, т.е. на стадии, которая не относится к стадии арбитражного процесса, а является самостоятельной. Данная разновидность мирового соглашения, как указывалось ранее, не будет здесь рассмотрена. Позиция автора настоящей работы в отношении мирового соглашения, заключаемого на стадии исполнения судебного акта, отражена, например, в кн.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. С. 360 - 392; Она же. Применение в коммерческом обороте мировой сделки // СПС "КонсультантПлюс".

Гораздо большие сложности на практике порождает второе названное положение, фиксирующее возможность заключения мирового соглашения по любому делу. Данное положение является по меньшей мере спорным, вызывая возражения правоведов <1>.

<1> Например, И.М. Пятилетов категорически возражает против утверждений о том, что мировая сделка может заключаться по любому правовому спору (см.: Пятилетов И.М. Мировое соглашение как способ разрешения спора о праве без вынесения судебного решения. С. 59).

Нет нужды подробно обосновывать позицию о невозможности заключения мирового соглашения по целым категориям дел. Например, недопустимыми являются мировые соглашения:

- по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение (гл. 27 АПК РФ), поскольку в делах данной категории отсутствует спор о праве и нет противоборствующих сторон, между которыми было бы возможно заключение мирового соглашения;

- по всем делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений (разд. III АПК РФ), поскольку примирение сторон в данном случае не может осуществляться посредством гражданско-правовой сделки - по делам данной категории, как это следует из смысла ст. 190 АПК РФ, заключается и утверждается по правилам, установленным в гл. 15 АПК РФ, соглашение <1>;

<1> См. об этом: Рожкова М.А. О некоторых чертах сходства мирового соглашения с соглашением, заключаемым по делам, возникающим из публичных правоотношений //

- по делам об оспаривании решений третейских судов, о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов (гл. 30 АПК РФ), а также о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (гл. 31 АПК РФ), поскольку спор между сторонами уже разрешен судом (иностранным государственным судом, иностранным или международным арбитражем, национальным (российским) арбитражем (третейским судом)) <1>.

<1> Эта позиция нашла свое отражение в Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 5 октября 2004 г. по делу N А33-8956/04-С1-Ф02-4129/04-С2.

Дела искового производства в целом, бесспорно, допускают заключение мировых соглашений. Однако, учитывая большой круг споров, подлежащих рассмотрению в порядке искового производства, необходимо остановиться на этой категории дел более подробно.

Прежде всего необходимо отметить, что мировое соглашение допустимо только по тем делам, по которым стороны могли заключить внесудебную мировую сделку. Предъявление в суд требования, которое предусматривает обязательность судебного разрешения, т.е. вынесение судебного акта по делу, и исключает возможность заключения внесудебной мировой сделки, делает невозможным заключение мирового соглашения по этому делу. Таким образом, действует общее правило: то, что стороны не могли осуществить до судебного процесса, они не могут осуществить и в процессе.

Например, нельзя вне суда решить вопросы признания:

- права собственности;
- оспоримой сделки недействительной и применении последствий ее недействительности;
- недействительным решения общего собрания акционеров <1> и т.д.

<1> Подробнее об этом см., например: Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Спорные моменты по делам об оспаривании решений общих собраний акционеров // Арбитражная практика. 2006. N 5. С. 59 - 65.

Таким образом, только в судебном порядке возможно разрешение подобных требований, и следовательно, по указанным делам недопустимы мировые соглашения. С сожалением можно констатировать, что Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, неоднократно рассматривавший дела, где по исследуемым видам исков заключались мировые соглашения, ни разу не высказал своей точки зрения в отношении обозначенной проблемы <1>.

<1> Отменяя определения суда об утверждении мировых соглашений по такого рода искам, высшая судебная инстанция обычно ссылалась на нарушение прав третьих лиц (см., например, Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 марта 2000 г. N 7969/99; от 10 февраля 1998 г. N 6697/97; от 24 октября 2000 г. N 4693/00; от 26 июня 2000 г. N 11711/00).

В результате во многих случаях суды при рассмотрении мирового соглашения не учитывают предмет заявленного иска и утверждают не отвечающие требованиям закона мировые соглашения. Однако имеется немало судебных актов, которыми суд признавал неправомерным утверждение мирового соглашения по какому-либо из вышеназванных исков <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 9 января 2007 г. по делу N Ф08-6532/2006, ФАС Северо-Западного округа от 17 февраля 2006 г. по делу N А56-8425/2005, ФАС Западно-Сибирского округа от 25 апреля 2005 г. по делу N Ф04-2373/2005(10693-А03-39).

Например, арбитражный суд кассационной инстанции отменил определение об утверждении мирового соглашения, заключенного по иску о признании недействительным решения общего собрания учредителей, поскольку "вопрос о действительности решения общего собрания участников общества не может решаться путем совершения гражданско-правовой сделки... Генеральный директор как единоличный исполнительный орган не вправе изменять, отменять или признавать недействительными решения общего собрания, являющегося высшим органом управления общества с ограниченной ответственностью. Сам по себе факт признания иска генеральным директором или уполномоченным им лицом не предрешает вывод по вопросу о действительности решения общего собрания акционеров" <1>.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 7 ноября 2006 г. по делу N А33-13104/04-С1-Ф02-5715/06-С2. См. также, например, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 18 октября 2005 г. по делу N Ф03-А73/05-1/3026.

2. Заключение мирового соглашения

2.1. Субъекты мирового соглашения

Сторонами мирового соглашения (его субъектами) являются стороны судебного процесса. Поскольку сторонами в судебном процессе являются истец и ответчик (ч. 1 ст. 44 АПК РФ; ч. 1 ст. 38 ГПК РФ), именно они вправе заключать мировое соглашение.

В ситуации, когда на стороне истца или ответчика участвуют несколько лиц (процессуальное соучастие), возникает вопрос о допустимости заключения мирового соглашения не между всеми, а между некоторыми из соучастников. Действующее процессуальное законодательство ответа на этот вопрос не дает.

Дореволюционными правоведами высказывались различные суждения в отношении действия мировой сделки в случае наличия нескольких должников или кредиторов. Так, Г.Ф. Шершеневич считал, что мировая сделка, заключенная с одним из солидарных кредиторов или должников, имеет силу относительно всех <1>. И напротив, К.П. Победоносцев допускал совершение мировой сделки "не между всеми соучаствующими на каждой стороне лицами, а лишь между некоторыми из них" <2>. Д.И. Азаревич указывал на то, что мировая сделка имеет значение только для совершившего ее соучастника <3> (такое правило существует во французском праве: согласно ст. 2051 Французского гражданского кодекса мировая сделка, заключенная одним из заинтересованных лиц, не связывает других заинтересованных лиц, и они не вправе на него ссылаться).

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 446.

<2> Победоносцев К.П. Курс гражданского права. С. 184.

<3> См.: Азаревич Д. Судоустройство и судопроизводство по гражданским делам. С. 98.

Современная литература содержит предложение решать означенный вопрос в зависимости от того, обязательным или факультативным является такое соучастие <1>.

<1> См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 155; Пилехина Е.В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: Дис. ... к.ю.н. СПб., 2001. С. 56 - 66.

В случае если соучастие является факультативным, вопрос о правах и обязанностях одного соучастника предлагается решать без согласия (и, следовательно, без участия в мировом соглашении) другого соучастника. В таком случае в отношении соучастника, заключившего соглашение, арбитражный суд должен прекратить производство по делу, а в отношении другого (других) - разрешить спор по существу.

Если соучастие является обязательным (характер спорного материального правоотношения таков, что не позволяет решить вопрос о правах и обязанностях одного из участников без привлечения остальных субъектов материального правоотношения в процесс по делу), то мировое соглашение может быть заключено только при наличии согласия на это всех соучастников.

Такая позиция не лишена привлекательности и заслуживает серьезного обсуждения. Однако на сегодняшний день судебной-арбитражной практикой придерживается позиция, которая с практической точки зрения является более приемлемой для суда, нежели для сторон: суды исходят из посылки, что мировое соглашение должно быть подписано всеми соучастниками, в противном случае оно не может быть признано соответствующим закону. Попытки судов утверждать мировые соглашения в отношении отдельных соучастников демонстрируют совершаемые при этом ошибки.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил определение об утверждении мирового соглашения, отметив при этом, что суд оставил без внимания участие в деле еще одного ответчика, не подписавшего мировое соглашение <1>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 19 апреля 2002 г. N 6503/01.

В развитие данного вопроса нельзя не подчеркнуть специально, что мировое соглашение возможно только между противоборствующими сторонами (противниками). Не может быть заключено мировое соглашение между несколькими соистцами или несколькими соответчиками, т.е. между несколькими участниками на стороне истца или ответчика <1>.

<1> Эта позиция нашла свое отражение, например, в Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 октября 2004 г. по делу N А74-3875/02-К1-Ф02-4406/04-С2.

Необходимо уделить внимание и возможности участия в мировом соглашении третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, - достаточно редких участников судебного процесса, которых ни нормы процессуального законодательства, ни доктрина не относят к сторонам судебного процесса.

Не останавливаясь подробно на процессуальных правах и обязанностях третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, следует указать, что по своей сути оно - полноправная сторона арбитражного процесса, обладающая всей совокупностью прав истца; его статус - это статус "третьей стороны" в споре. Различие между истцом и третьим лицом, заявляющим самостоятельные требования относительно предмета спора, состоит в том, что последний вступает в уже начатый первым процесс. Третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, вступает в процесс по собственной инициативе - путем соответствующего предъявления искового требования <1>.

<1> Сопоставляя положения в арбитражном процессе истца и третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, и положение нескольких истцов по делу (процессуальное соучастие на стороне истца) можно отметить также следующее. Третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, считает спорное право принадлежащим ему, а не истцу (либо ответчику), т.е. его требования противоположны интересам истца (либо одновременно истца и ответчика), их требования исключают друг друга; требования же соистцов совместимы и не исключают друг друга (о чем уже говорилось). Таким образом, требования истца и третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, - это требования претендентов (они не исключают друг друга, их интересы совпадают, но каждый из них выступает в процессе самостоятельно); требования истцов при процессуальном соучастии на стороне истца - это требование общности ("товарищества в тягбе").

Обладая правами истца (без каких-либо изъятий), третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, вправе воспользоваться возможностями, предоставляемыми ч. ч. 1, 4 ст. 49 АПК РФ, ч. 1 ст. 39 ГПК РФ: изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований, а также отказаться от иска полностью или частично; участвовать в заключении мирового соглашения. И поскольку третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, имеет материальную заинтересованность в исходе дела, а его требования носят самостоятельный характер и полностью или в части исключают требования истца, в случае его участия в мировом соглашении совершаемая сделка будет многосторонней, а не двусторонней (ст. 154 ГК РФ) <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Северо-Западного округа от 5 декабря 2006 г. по делу N А56-59366/2005, ФАС Волго-Вятского округа от 18 августа 2006 г. по делу N А79-3787/2006.

Процессуальное положение третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, существенно отличается от процессуального положения третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, которых в литературе нередко обозначают как "третьих лиц с побочным участием".

В силу ст. 51 АПК РФ, ст. 43 ГПК РФ участвовать в деле на стороне истца или ответчика может третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, если выносимый судебный акт может повлиять на его права или обязанности по отношению к одной из сторон. Иными словами, участие третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, имеет побочный характер: суд разрешает спор не об их праве, а о праве сторон; но у названных лиц имеется заинтересованность в результатах разрешения спора по причине наличия вероятности в будущем возникновения у них права на иск или предъявления к ним исковых требований со стороны истца или ответчика.

Третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, обладает лишь некоторыми правами из числа предоставленных сторонам. Оно, например, не вправе распоряжаться предметом спора и изменять основания или предмет иска, увеличивать или уменьшать размер исковых требований, отказываться от иска, признавать иск, заключать мировое соглашение, предъявлять встречный иск, требовать принудительного исполнения судебного акта (ч. 2 ст. 51 АПК РФ; ч. 1 ст. 43 ГПК РФ). То есть третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, как не участвующее в спорном правоотношении и не

имеющее по делу материально-правового интереса, не должно участвовать в мировом соглашении.

В связи со сказанным отказ третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, участвовать в мировом соглашении или их общие возражения против факта заключения мирового соглашения никоим образом не влияют на возможность его утверждения судом <1>. В то же время, если названными лицами заявляются конкретные возражения против мирового соглашения с указанием на нарушение их прав или законных интересов и их доводы обоснованны и надлежащим образом подтверждены, суд должен отказать в утверждении мирового соглашения, поскольку, как это предусматривает ч. 3 ст. 139 АПК РФ, мировое соглашение не может нарушать права и законные интересы других лиц.

<1> Так, суждения о необходимости при утверждении мирового соглашения учитывать позицию иных лиц, участвующих в деле, высказывались в Постановлении ФАС Уральского округа от 27 мая 2003 г. по делу N Ф09-1338/2003-ГК.

С учетом сказанного по общему правилу субъектами мирового соглашения могут выступать только лица, связанные спорным гражданским правоотношением: истец, ответчик и третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора. Эта точка зрения нашла свое подтверждение в литературе <1> и судебной практике <2>.

<1> См.: Овчинников Е., Зинченко А. Мировые соглашения в судебной практике // Советская юстиция. 1978. N 13. С. 9; Пилехина Е.В. Мировое соглашение в арбитражном суде: проблемы практики // Арбитражные споры. 2001. N 1 (13).

<2> В частности, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении прямо указал, что третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований на предмет спора, лишено права на заключение мирового соглашения (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июля 1997 г. N 2740/96). Позже Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ счел неправомерным заключение и утверждение мирового соглашения с участием третьего лица, не заявлявшего требования на предмет спора, на которое в силу данного мирового соглашения была возложена обязанность по уплате истцу неустойки (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 декабря 2001 г. N 5082/01).

Безусловно, нет никакой надобности привлекать к участию в мировом соглашении субъектов, которые не были участниками спорного материального правоотношения и не имеют интереса в урегулировании спора. Но, как показывает практика, в некоторых случаях возникает ситуация, когда участие в мировом соглашении других лиц, в том числе и вовсе не участвующих в деле, просто необходимо <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11 мая 2005 г. по делу N А39-5251/2004-226/16.

Думается, для подобных случаев круг субъектов мирового соглашения может быть расширен, но не произвольно.

Если по условиям мирового соглашения обязанности возлагаются на лицо, которое не является участником спорного правоотношения, такое лицо должно быть субъектом мирового соглашения (причем вне зависимости от того, является ли оно лицом, участвующим в деле, или нет). В противном случае (в случае возложения на лицо обязанностей при неучастии его в самом мировом соглашении) такое соглашение не будет соответствовать п. 3 ст. 308 ГК РФ, согласно которому обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон <1>.

<1> Указанное обстоятельство - невозможность возложения обязанности из мировой сделки на третьих лиц, не участвующих в ее заключении, - выделяет и В.А. Рясенцев (см.: Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. N 12. С. 26).

2.2. Предмет и объект мирового соглашения. Преобразовательные и подтверждающие условия

Предмет договора включает в себя не только действия обязанных лиц, но и, в некоторых случаях, бездействие. В силу этого предметом договора является поведение (действие и бездействие) обязанных лиц, непосредственно связанное с тем, по поводу чего заключен договор. Предметом договора, в частности, выступает передача различных вещей, определенных не только индивидуальными, но и родовыми признаками, производство работ, оказание услуг материального

и нематериального характера; в отдельных случаях предметом может быть и воздержание от конкретных действий.

Понятием объекта договора охватываются все виды объектов гражданского оборота, т.е. те объекты гражданских правоотношений, поименованные в ст. 128 ГК РФ, которые допускают вовлечение их в гражданский оборот: вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, имущественные права. Объект входит в предмет договора в качестве обязательной составляющей.

Особенности мировых сделок (судебных и внесудебных) создали предпосылки для признания их особым видом договора, предметом которого является прекращение (предотвращение) спора сторонами <1>. Этот вывод с завидной регулярностью встречается в современных работах.

<1> См., например: Штейнберг А. Мировые сделки // Советская юстиция. 1940. N 10. С. 9.

Между тем, как указывалось выше, примирение (прекращение спора) есть социально-экономическая цель, вследствие чего не может выступать предметом мировой сделки.

Как писал Г. Дернбург, сделки, посредством которых осуществляется мировая сделка, могут быть самыми разнообразными и касаться всякого рода прав, поскольку ими вправе распоряжаться лица, ее заключающие <1>. Следовательно, выявить предмет, общий для всей мировой сделок, не являющихся особым типом или видом договора, невозможно: в каждом конкретном случае он будет индивидуальным и будет зависеть от типа (вида) договора, который опосредует мировую сделку. Так, например, если по условиям мировой сделки будет передаваться конкретное имущество, предметом договора станет передача имущества, объектом - конкретное имущество; если по условиям мировой сделки будут выплачиваться деньги, то предметом договора станет уплата денежных средств, объектом - сумма денег и т.п.

<1> См.: Дернбург Г. Пандекты. Т. 2. С. 285 - 286.

Поскольку мировое соглашение является разновидностью мировой сделки, тот же вывод распространяется и на него: общо обозначить предмет мирового соглашения нельзя. Вместе с тем предмет мирового соглашения, бесспорно, является существенным его условием и в силу ст. 432 ГК РФ требует согласования сторон в каждом конкретном случае.

Предмет мирового соглашения должен соответствовать как требованиям закона, так и требованиям разумности и добросовестности. Последствием несоответствия предмета мирового соглашения требованиям закона, разумности и добросовестности будет нарушение прав и законных интересов других лиц.

Вместе с тем недопустимы мировые соглашения, по условиям которых сторона (стороны) отказывается от права предъявлять в будущем друг к другу иски либо от всех предъявленных другой стороне требований (или, напротив, признает все предъявленные иски). Соглашение возможно лишь в отношении конкретного спора или конкретной правовой неопределенности. Будущие споры не могут быть predetermined мировым соглашением; наличие такого рода условий должно рассматриваться как общий отказ от защиты субъективных прав, что недопустимо <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Московского округа от 22 сентября 2006 г. по делу N КГ-А41/8142-06-П.

В развитие данной темы представляется небезынтесным коснуться вопроса допустимости отказа от иска и признания иска в качестве предмета мирового соглашения. Необходимость обращения к данному вопросу обусловлена тем, что судебная практика демонстрирует различные подходы к решению этого вопроса. В большинстве случаев отказ от иска или признание иска как условие мирового соглашения признается вполне допустимым <1>. Однако встречаются судебные акты, в которых возможность включения такого рода условий в мировое соглашение до сих пор отрицается (сюда же, наверное, следует отнести промежуточный вариант, допускающий одновременный отказ от иска и мировое соглашение) <2>.

<1> См., например, Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 2 февраля 2007 г. по делу N А82-8116/2004-9, ФАС Северо-Кавказского округа от 15 января 2007 г. по делу N Ф08-6649/2006, ФАС Восточно-Сибирского округа от 20 декабря 2006 г. по делу N А19-11086/06-10-31-Ф02-6232/06-С2, ФАС Московского округа от 7 - 8 ноября 2006 г. по делу N КГ-А40/8675-06, ФАС Поволжского округа от 9 августа 2005 г. по делу N А65-21731/04-СГ2-20, ФАС Западно-Сибирского округа от 22 мая 2006 г. по делу N Ф04-2645/2006(22345-А27-5), ФАС Дальневосточного округа от 21 сентября 2004 г. по делу N Ф03-А73/04-1/2599.

<2> Например, суд кассационной инстанции одним определением принял отказ истца от иска (истец, кстати, просил считать отказ от иска неотъемлемой частью мирового соглашения) и утвердил мировое соглашение, указав, "что условия мирового соглашения, а также отказ истца от иска не нарушают права и законные интересы других лиц и не противоречат закону" (Постановление ФАС Центрального округа от 13 февраля 2006 г. по делу N А35-5557/04-С5).

М.А. Гурвич понимал под отказом от иска высказанное на суде безоговорочное отречение истца от судебной защиты искового требования, направленное на прекращение возбужденного истцом процесса, а под признанием иска - высказанное на суде безоговорочное согласие ответчика на удовлетворение искового требования, направленное на окончание процесса путем вынесения благоприятного для истца судебного решения <1>.

<1> См.: Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. М.: Высшая школа, 1975. С. 124.

И отказ от иска, и признание иска представляют собой односторонние действия стороны, не требующие согласования с другой стороной. Их отличия состоят в том, что отказ от иска направлен на окончание производства по делу без вынесения решения по существу дела, а признание иска - с вынесением решения по существу дела, причем в пользу истца (как отказ от иска, так и признание иска могут быть частичными (если исковое требование является делимым) и полными; приняв частичный отказ от иска (частичное признание иска), суд относительно исковых требований в остальной части доводит судебное разбирательство до конца и выносит соответствующее решение).

В литературе можно встретить указание на то, что, "когда судом установлено наличие субъективных прав истца, отказ от иска означает не только потерю истцом прав на материальный объект иска, но и ликвидацию возникшего процесса" <1>, а также выводы о том, что истец отказывается от иска, "свободно распорядившись принадлежащим ему материальным правом в пользу ответчика" <2>. В некоторых случаях признание иска рассматривается как "добровольный отказ ответчика от принадлежащего ему субъективного права в пользу истца" <3>, т.е. отказ от иска (признание иска) фактически приравнивается к добровольному отказу от субъективного права в пользу противной стороны.

<1> Тупичев М. Отказ от иска и мировое соглашение как основание прекращения производства по делу // Советская юстиция. 1963. N 23. С. 9.

<2> Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Былина, 1998. С. 167.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданский процесс" (под ред. В.В. Яркова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание пятое, переработанное и дополненное).

<3> Гражданский процесс / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: БЕК, 1999. С. 260.

Такое понимание существа упомянутых действий не может не вызвать возражения, поскольку отказ от иска (признание иска) подразумевает отказ от судебной защиты, но не от самого субъективного гражданского права. Вместе с тем понятна логика указанного утверждения: отказываясь от иска (признавая иск), лицо тем самым признает правоту противной стороны, а также принадлежность спорного права другой стороне. Например, истец, требовавший признания за ним права собственности на имущество, убедился в наличии у ответчика всех необходимых правоподтверждающих документов. Отказываясь от иска, истец фактически признает за ответчиком спорное право.

Но далеко не во всех случаях отказ от иска (признание иска) представляет собой признание истцом необоснованности собственных требований (признание ответчиком правомерности требования истца): зачастую такие действия истца или ответчика продиктованы иными причинами.

Так, истец, подавший иск о расторжении договора купли-продажи имущества ввиду обнаруженных в нем недостатков, отказывается от иска, когда выяснилась возможность устранения выявленных недостатков, т.е. истец отказался от судебной защиты по причине отпадения необходимости в ней. Другой пример: истец, требующий взыскания задолженности с ответчика, получил искомое: ответчик до вынесения решения по делу исполнил денежное обязательство, и продолжение судебного процесса потеряло для истца смысл, в результате чего он отказался от иска. Либо ответчик признал исковые требования истца о возмещении убытков, руководствуясь желанием сохранить деловую репутацию, лицо фирмы. Признание иска может быть продиктовано и нежеланием вступать в конфликтные отношения с истцом, осложнять их.

Таким образом, в большинстве случаев отказ от иска/признание иска вовсе не равнозначно отказу от субъективных прав <1>: это односторонние безвозмездные действия сторон процесса.

<1> Такого мнения придерживался Б.В. Попов, указывая, что, если из прошения или из слов истца явствует только его намерение отказаться от процесса, но не прослеживается воля его отказаться вместе с тем и от материального права, следует толковать смысл такого ходатайства ограничительно (см.: Попов Б.В. Мировая сделка, прекращение дела и судебное решение // Вестник права. 1915. N 30. С. 870).

Иногда такое одностороннее действие - отказ от иска или признание иска (при отсутствии каких-либо признаков возмездности) - оформляется мировым соглашением, которое суд утверждает.

Утверждать мировое соглашение, которое исчерпывается только отказом от иска, неправильно, поскольку это все то же одностороннее действие стороны процесса, только оформленное договором-документом. Мировое соглашение, как уже указывалось в ч. 1 настоящей главы, представляет собой двусторонний возмездный договор, и правовая зависимость действий сторон (синаллагматическая, условная или каузальная) должна в нем четко прослеживаться. Следовательно, если из представленного на утверждение суда договора сторон следует, что им предусматривается только одностороннее действие - отказ истца от иска, суд при отсутствии противоречия закону должен прекратить судебное разбирательство по мотиву отказа истца от иска и принятия этого отказа арбитражным судом (на основании п. 4 ч. 1 ст. 150 АПК РФ; абз. 4 ст. 220 ГПК РФ).

Несколько иным образом решается вопрос, когда мировое соглашение содержит признание ответчиком иска.

Если из представленного сторонами документа устанавливается только факт признания иска ответчиком, то такой документ вне зависимости от оформления его односторонним ходатайством ответчика или договором-документом является односторонним действием ответчика - признанием иска. В этом случае суд принимает признание иска ответчиком, если оно не противоречит закону, и удовлетворяет исковое требование, т.е. выносит решение по существу дела.

Если же из представленного сторонами договора-документа вытекает, что ответчик не только признает иск, но и принимает на себя обязанность, например, погасить задолженность в признанной им сумме в конкретный срок, специально согласованный сторонами, или передать указанное в договоре имущество способом и в сроки, установленные в договоре, то в этом случае представленный договор есть мировое соглашение даже при отсутствии прямо закрепленного условия о встречном предоставлении со стороны истца. Такой вывод не является исключением из общего правила - в рассматриваемом случае действия сторон находятся в каузальной (причинной) зависимости от уже совершенного действия истца (кредитора), выразившейся в исполнении обязательства.

Другая крайность, в которую в некоторых случаях впадают суды, - отказ в утверждении мирового соглашения по причине того, что одним из его условий является отказ от иска (или признание иска). Такой подход также нуждается в трансформации, поскольку отказ суда в утверждении такого рода мировых соглашений ограничивает свободу договора и право распоряжаться своими правами, что значительно повышает риск негативных последствий.

Предположим, стороны договорились о том, что истец отказывается от иска, получая взамен какое-либо конкретное имущество <1>. Отказ суда в утверждении подобного мирового соглашения по мотиву того, что отказ от иска возможен только в одностороннем порядке (что является обычной причиной для отказа в утверждении такого рода мировых соглашений) в данном случае может повлечь то, что истец заявит ходатайство об отказе от иска в одностороннем порядке. Ответчик тогда не связан обязанностями из мирового соглашения (которое по причине отказа в его утверждении судом не вступает в действие) и, конечно, вовсе не обязан передавать обещанное ранее истцу имущество при том, что в данном случае истец утрачивает возможность повторного обращения в суд за защитой субъективного гражданского права. Комментировать эту ситуацию, по-видимому, излишне.

<1> Мировое соглашение, содержащее в себе подобные условия, было предметом рассмотрения арбитражного суда (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 июля 2006 г. N Ф04-3496/2006(23488-А81-5)).

К слову сказать, судебная практика демонстрирует все больше примеров, когда суд утверждает мировые соглашения, согласно которым отказ от иска (признание иска) совершается на возмездной основе. Правильность этого подхода не вызывает сомнений и всегда подтверждалась правоведами <1>.

<1> Например, Г. Дербург говорил о совершении мировой сделки в некоторых случаях "путем отказа от известного притязания за определенное вознаграждение в деньгах или иных

ценностях" (Дернбург Г. Пандекты. Т. 2. С. 285 - 286). В.М. Хвостов в качестве примера мировой сделки рассматривал ситуацию, когда стороны соглашались на то, чтобы право, на которое претендует одна из них, было признано за ней, с тем чтобы другая сторона получила определенное вознаграждение за это (см.: Хвостов В.М. Система римского права. С. 210). И.М. Тютрюмов писал, что, получая вознаграждение за отказ от права на спорное имущество, сторона получает известную сумму денег, но эта сумма не есть цена имущества, а цена отступления от спора (Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. С. 1200).

Отмечаемое выше многообразие предмета мирового соглашения, не являющегося особым видом или типом договора, позволяет говорить о подобной же ситуации с объектом мирового соглашения. И тем не менее допустимо сформулировать общие правила, действующие в отношении объекта мирового соглашения.

Во-первых, не может быть объектом мирового соглашения имущество, изъятое из оборота, равно как и имущество, в отношении которого существуют установленные законом ограничения. На это обстоятельство обращает внимание К. Анохин <1>. Обозначая объект мировой сделки термином "предмет", он пишет, что не может быть объектом мировой сделки имущество, изъятое из оборота, и имущество, в отношении которого законом установлены ограничения или специальный порядок и пределы его отчуждения.

<1> См.: Анохин К. Судебные мировые сделки // Советская юстиция. 1959. N 9. С. 52. Аналогичную точку зрения высказывал и В. Рясенцев (см.: Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения). С. 27). Е. Пушкар отмечает необходимость установления в отношении объекта мирового соглашения, во-первых, не изъято ли передаваемое имущество из гражданского оборота, а, во-вторых, не кроется ли за мировым соглашением попытка узаконения несуществующего права (см.: Пушкар Е. Мировое соглашение в судебной практике // Советская юстиция. 1973. N 10. С. 8 - 9).

Во-вторых, объектом мирового соглашения может выступать то имущество, правом распоряжения которым обладает участник (участники) этого соглашения. О необходимости соблюдения этого правила писали дореволюционные правоведы <1>; такое правило прямо закрепляется ст. 2045 Французского гражданского кодекса, устанавливая, что стороны мировой сделки должны обладать способностью распоряжаться объектами, в отношении которых совершается мировая сделка.

<2> См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. С. 183; Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 336.

В случае отсутствия у участника мировой сделки права распоряжения имуществом мировая сделка отсутствует как юридический факт и не может порождать правовых последствий. С учетом сказанного суд не вправе утверждать мировое соглашение, если, распоряжаясь конкретными объектами гражданских прав, стороны не представили суду надлежащие доказательства наличия у них полномочий на осуществление такого распоряжения <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Поволжского округа от 8 февраля 2007 г. по делу N А57-6566/05-21, ФАС Северо-Кавказского округа от 29 ноября 2006 г. по делу N Ф08-6116/2006, ФАС Уральского округа от 27 июня 2006 г. по делу N Ф09-5315/06-С3, ФАС Западно-Сибирского округа от 3 марта 2005 г. по делу N Ф04-614/2005(8714-А46-10).

В-третьих, объектом мировой сделки может быть имущество, которое не состоит под арестом и в отношении которого отсутствует спор с иными лицами <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Поволжского округа от 23 марта 2006 г. по делу N А49-3332/05-179/27, ФАС Волго-Вятского округа от 1 декабря 2005 г. по делу N А43-9470/2004-27-287.

Изложенные требования обусловлены тем, что мировое соглашение, утвержденное судом, не может нарушать прав других лиц и вызывать споров при исполнении, вследствие чего объекты мирового соглашения должны отвечать всем названным требованиям в обязательном порядке. В противном случае будет неизбежен вывод суда о том, что мировое соглашение нарушает права других лиц <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 3 марта 2005 г. по делу N Ф04-614/2005(8714-А46-10).

Как указывалось в ч. 1 настоящей главы, состояние правовой неопределенности, являясь мотивом всякого мирового соглашения, может побуждать стороны к его заключению. Таким образом, костяком мирового соглашения должны стать условия, с помощью которых эта правовая неопределенность устраняется.

В.И. Синайский разделял мировые сделки на два вида: направленные на то, чтобы (1) спорное отношение путем взаимных уступок считать бесспорным или (2) путем взаимных уступок осуществить право хотя бы и бесспорное, но в осуществимости которого существуют сомнения <1>. Руководствуясь этой классификацией, условия мировых соглашений можно разграничить на два вида:

<1> См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. С. 365 - 366.

- преобразовательные. Они преобразуют правоотношение между сторонами, оказывая воздействие на связывающее стороны гражданское правоотношение, в результате чего это правоотношение не остается в прежнем виде, а изменяется, прекращается, заменяясь новым обязательством, или только прекращается. К таким условиям можно отнести: замену обязательства, существовавшего между сторонами, другим обязательством; предоставление отступного; изменение способа исполнения обязательства; отсрочку и рассрочку долга и др. В результате прежнее обязательство прекращается в целом или в части (изменяется), а отношения сторон регламентируются новым договором - мировым соглашением. Возврат к исполнению прежних обязанностей недопустим <1>;

<1> О невозможности возвращения к прежнему уничтоженному договору говорил К.П. Победоносцев, ссылаясь на решение Кассационного департамента Правительствующего сената 1875 г. N 894 (см.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. С. 185).

- подтверждающие <1>. Они подтверждают наличие определенного правоотношения между его участниками и существующие права и обязанности, делая их бесспорными; это те условия, которые не привносят ничего нового в связывающее стороны отношение, но оно перестает быть спорным в подтвержденной части либо сомнения в осуществимости права устраняются. К таким условиям можно отнести, например, признание долга или иной обязанности.

<1> А.И. Зинченко обозначает подтверждающие условия термином "прямые" (см.: Зинченко А.И. Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве: Дис. ... к.ю.н. Саратов, 1981. С. 60 - 62).

Обычно мировое соглашение полностью ликвидирует существующую правовую неопределенность. Однако возможна ситуация, когда стороны не смогли договориться в отношении всех спорных (сомнительных, неопределенных) моментов и правовая неопределенность ликвидируется лишь в части, оставляя спорными (сомнительными) отдельные права и обязанности сторон. Например, если истцом заявлен составной иск, т.е. иск, объединяющий несколько предметов, то допустима ситуация, когда стороны урегулировали спор в отношении одного предмета иска, но он сохранился в отношении другого предмета иска. В этом случае суд продолжит рассмотрение дела по существу только в части тех исковых требований, в отношении которых стороны не достигли договоренности <1>.

<1> Такая ситуация, в частности, имела место по одному из дел, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ: решением по делу в удовлетворении иска в части истребования имущества было отказано, в остальной части дело прекращено по причине утверждения арбитражным судом мирового соглашения (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 февраля 2000 г. N 2192/99).

Иными словами, в случае утверждения мирового соглашения в отношении части иска исковые требования в оставшейся части должны быть рассмотрены в общем порядке. Подтверждение этому можно найти в ч. 4 ст. 160 АПК РФ, которая, в частности, предусматривает, что в том случае, если в судебном заседании объявлялся перерыв, во время которого стороны урегулировали спор в части требований о применении мер ответственности, арбитражный суд не рассматривает эти требования и прекращает производство по делу в части требований о применении мер ответственности при условии, что стороны заключили мировое соглашение в этой

части требований и мировое соглашение утверждено судом, на что указывается в судебном акте арбитражного суда.

Правоведы всегда придерживались мнения о допустимости заключения мирового соглашения в отношении части иска. Так, К. Анненков писал о том, что если сторонам "принадлежит право распоряжения всем объектом иска, то, конечно, им принадлежит и право распорядиться его частью, если, разумеется, предмет иска делим на части" <1>. Г. Дернбург допускал, что судебная мировая сделка может быть сведена к тому, что стороны признают одну часть требования бесспорной и подлежащей немедленному исполнению, а решение спора относительно другой части предоставят суду <2>. Это мнение поддерживали И.Е. Энгельман, Д.И. Азаревич. Аналогичную точку зрения высказывают и современные ученые <3>. В этих условиях явным диссонансом звучат утверждения некоторых авторов о том, что прекращение производства по делу в части не предусмотрено законодательством <4>.

<1> Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. С. 231. В поддержку высказанного мнения можно указать, что в проект Устава гражданского судопроизводства предусматривалось внести положение о том, что дело может закончиться примирением не только в целом, но и в части (Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства. Т. III. СПб., 1900. С. 130).

<2> См.: Дернбург Г. Пандекты. Т. 2. С. 286 (примеч.).

<3> См., например: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 154.

<4> См.: Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Мировое соглашение в практике арбитражных судов // Арбитражная практика. 2003. N 4. С. 51.

Следовательно, совершенная мировая сделка может ликвидировать спор или иную правовую неопределенность не в полном объеме, но лишь в части в случае делимости предмета требования. Данное правило не распространяется на мировые соглашения по делам о несостоятельности (банкротстве) и мировое соглашение на стадии принудительного исполнения.

2.3. Оформление мирового соглашения и утверждение его судом

Первым обязательным условием заключения мирового соглашения признается собственно достижение сторонами соглашения, вторым - придание ему формы, предусмотренной законом, третьим - утверждение его судом.

Прежде всего, надо отметить, что закон предъявляет различные требования к форме мирового соглашения, заключаемого в арбитражном суде, и мирового соглашения, заключаемого в суде общей юрисдикции.

Так, мировое соглашение, заключаемое в арбитражном суде, согласно ч. 1 ст. 140 АПК РФ, должно быть облечено в письменную форму. И, как обоснованно подчеркивает Н.С. Масютина, не допускает его оформления путем внесения его условий в протокол судебного заседания <1>.

<1> См.: Масютина Н.С. Мировое соглашение // Арбитражная практика. 2005. N 9. С. 56.

Напротив, согласно ч. 1 ст. 173 ГПК РФ условия мирового соглашения заносятся в протокол судебного заседания и подписываются обеими сторонами, а если заявления сторон выражены в письменном виде, то они приобщаются к делу, что отражается в протоколе судебного заседания. Таким образом, письменная форма для мировых соглашений в суде общей юрисдикции вовсе не является обязательной <1>.

<1> Е. Русинова пишет о том, что для мировых соглашений в суде общей юрисдикции (в первой и апелляционной инстанциях) не предусмотрена письменная форма, тогда как в суде кассационной инстанции закон прямо требует письменную форму мирового соглашения (ст. 346 ГПК РФ). По мнению названного автора, несоблюдение формы мирового соглашения в суде кассационной инстанции должно быть причиной, по которой суд должен отказать в его заключении (см.: Русинова Е. Контроль суда за мировым соглашением // ЭЖ-Юрист. 2004. N 6).

Закрепляя в ГПК РФ возможность совершения мировых соглашений в устной форме, законодатель, вероятно, стремился к упрощению оформления мировых соглашений (в особенности в случаях, когда дело касается мелких бытовых сделок или, например, семейных отношений), а кроме того, вероятно, следовал сложившейся традиции: российское процессуальное законодательство всегда допускало возможность устного мирового соглашения.

Хотя, надо признать, правоведы дореволюционного времени настаивали на письменной форме мировой сделки <1>.

<1> См., например: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 446; Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 3 т. Т. 3. С. 183; Гуляев А.М. Русское гражданское право. С. 291; Парамонов А.С. Мировая сделка. С. 137.

Между тем такой подход, возможно, вполне приемлемый в XIX - начале XX в., когда население России было в лучшем случае малограмотным, сегодня, думается, изжил себя. В настоящее время, когда стороны спора, переданного на рассмотрение в суд общей юрисдикции, в подавляющем большинстве случаев являются грамотными, мировое соглашение, оформляющее волеизъявление обеих сторон, должно быть облечено в письменную форму. Письменное оформление достигнутых договоренностей об урегулировании спора прежде всего будет дисциплинировать сами стороны, исключая (или по крайней мере ограничивая) ситуации неопределенности в отношениях, спорность в которых была устранена мировым соглашением. Кроме того, необходимо учитывать и российский менталитет, которому свойственно достаточно нигилистическое отношение к устным договоренностям и более серьезное - к договоренностям письменным ("что написано пером, не вырубишь и топором"). Помимо сказанного оформление мировой сделки между гражданами в письменной форме отчасти упростит работу судей, поскольку формулировать условия мирового соглашения будут сами стороны, а работа суда будет заключаться в проверке их волеизъявления на предмет соответствия закону и отсутствия нарушений прав других лиц.

Помимо сказанного хотелось бы остановиться еще на одном нюансе.

Договор в силу п. 2 ст. 434 ГК РФ может быть заключен не только путем составления единого документа (договора-документа), но и путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

По общему правилу в отношении мирового соглашения данное положение не применяется: мировое соглашение оформляется в виде единого документа. Оформление мирового соглашения единым документом не только упрощает проверку мирового соглашения на предмет свободы волеизъявления сторон, его законности, отсутствия нарушений прав других лиц и т.д., не только облегчает возможность принудительного исполнения мирового соглашения, но и в определенной мере защищает интересы его сторон от действий недобросовестных лиц.

ГК РФ в отдельных случаях предписывает сторонам заключение договора непременно в форме единого документа (например, в ст. ст. 550, 560, 1017). Процессуальное законодательство в части регулирования формы мирового соглашения подобного правила, к сожалению, не содержит, но, думается, нуждается в нем.

Итак, стороны, урегулировав возникший между ними спор, пришли к соглашению. Следующим шагом стало подписание текста мирового соглашения (текста договора документа). Далее это мировое соглашение должно быть представлено в суд.

К сожалению, ни АПК РФ, ни ГПК РФ не регламентируют порядок представления в арбитражный суд мирового соглашения, что вызывает определенные проблемы. В частности, процессуальное законодательство прямо не закрепляет обязательность сопровождения мирового соглашения ходатайством (заявлением) об утверждении данного мирового соглашения.

В отсутствие ходатайства (заявления) об утверждении мирового соглашения суд, по сути, должен был бы осуществить утверждение мирового соглашения по собственной инициативе, что вряд ли правильно: движение процесса требует соответствующего действия именно спорящих сторон. Следовательно, ходатайство (заявление), содержащее в себе обращение к суду с просьбой утвердить представленное мировое соглашение, необходимо. Такое ходатайство (заявление) предполагает облечение его в письменную форму; при этом желательно оформление его в виде самостоятельного документа, который, имея исключительно процессуальное значение, будет приобщен к материалам дела.

Встречаются ситуации, когда стороны включают ходатайство (заявление), обращенное к суду, в текст самого мирового соглашения <1>. По этой причине отказывать в утверждении мирового соглашения, безусловно, нет оснований. Но поскольку в таком "балласте" договор (мировое соглашение) однозначно не нуждается, представляется более правильным оформлять ходатайство (заявление) об утверждении мирового соглашения отдельным документом.

<1> См., например, Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 20 ноября 2006 г. по делу N А82-17153/2005-9, ФАС Северо-Западного округа от 10 февраля 2006 г. по делу N А56-9416/2005.

Заключение сторонами мирового соглашения презюмирует прекращение спора между ними, в силу чего с момента представления заключенного мирового соглашения суд не вправе осуществлять действия, направленные на разрешение спора по существу. Таким образом, суд не может давать оценку обстоятельствам, которые привели к возникновению спора, фактам, предшествующим мировому соглашению, и причинам достижения мирового соглашения. Он не может оценивать доказательства и доводы, приведенные лицами, участвующими в деле, в обоснование своих требований и возражений, устанавливать обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения спора, а также права и обязанности лиц, участвующих в деле; решать, подлежит ли иск удовлетворению, и т.д. Кроме того, суд не вправе давать оценку судебным актам, которые в случае утверждения мирового соглашения будут отменены (на стадии пересмотра судебных актов в порядке апелляционного, кассационного, надзорного производства) <1>. С момента представления сторонами мирового соглашения деятельность суда должна быть направлена на проверку мирового соглашения (его соответствие предъявляемым требованиям).

<1> Данное мнение, высказывавшееся и ранее автором настоящей работы, нашло свое подтверждение в судебной практике (см., например, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12 марта 2007 г. по делу N А28-6993/2006-297/20).

Проверяя мировое соглашение, суд должен дать ему правовую оценку. И все же при осуществлении этой деятельности суды нередко выходят за пределы оценки непосредственно мировых соглашений: при утверждении мировых соглашений они анализируют не только (и не столько) само мировое соглашение, но и основание возникновения спора и причины обращения за судебной защитой и т.д. Такие действия суда не имеют под собой законных оснований: установление и оценка фактических обстоятельств дела допустимы лишь при рассмотрении дела по существу, при утверждении мирового соглашения суд не вправе осуществлять такие действия, поскольку спор полагается урегулированным, а рассмотрение дела становится беспредметным.

Не удалось избежать упомянутой ошибки и Президиуму Высшего Арбитражного Суда РФ. Рассмотрев в порядке надзора дело о взыскании ссуды, процентов за пользование ею и пеней за несвоевременную уплату процентов, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал неправомерным утверждение мирового соглашения <1>. В обоснование им было указано, что арбитражный суд при утверждении мирового соглашения не исследовал фактические обстоятельства спора и представленные материалы, не дал им надлежащей правовой оценки. Также было отмечено, что в деле отсутствовали доказательства, подтверждающие требования истца: не было документов, в том числе и договора, из которых можно было бы установить, на какой срок и на каких условиях предоставлена заемщику ссуда, не подтвержден документально довод истца о ежегодном переоформлении задолженности по ссуде и т.д.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 20 августа 2002 г. N 2320/02.

Аналогичная ситуация имела место и при рассмотрении другого дела, стороны которого заключили мировое соглашение <1>. Отменяя определение об утверждении мирового соглашения, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ обосновывал это тем, что судом не была дана оценка спорному договору на оказание юридических услуг, не выяснены обстоятельства, имеющие существенное значение для дела. Какими нормами права руководствовалась высшая судебная инстанция, ссылаясь на необходимость исследования обстоятельств дела при утверждении мирового соглашения, в названных судебных актах указано не было.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июля 2001 г. N 921/01.

Такой подход, естественно, принес соответствующие плоды. Судебная практика обнаруживает примеры отмены определений об утверждении мирового соглашения по мотиву того, что при рассмотрении мирового соглашения суд "не выяснил в полной мере вопроса о размере задолженности, чем нарушил требования действующего законодательства" <1>, или им не была проверена "обоснованность заявленных требований как по праву, так и по размеру: не установлено, из чего складывается указанная сумма задолженности, чем подтверждается факт оказания услуг по договору" <2>, или потому, что "не установлены фактические обстоятельства о действительной стоимости доли истца в уставном капитале общества, о наличии задолженности общества по выплате истцу стоимости этой доли, не уточнено обязательство, из которого возник признанный долг ответчика перед истцом" <3> и проч.

<1> Постановление ФАС Центрального округа от 27 января 2006 г. по делу N А54-4888/2005-С16.

<2> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 19 мая 2005 г. по делу N Ф08-2025/2005.

<3> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 22 октября 2005 г. по делу N Ф03-А24/05-1/2741.

Мнение о необходимости исследования арбитражным судом обстоятельств дела при утверждении мирового соглашения является ошибочным: при утверждении мирового соглашения суду не может быть вменено в обязанность исследование обстоятельств дела. Высказывания о необходимости при утверждении мирового соглашения проверять обоснованность искового требования, об обязательности исследования фактического исполнения спорного договора, выяснения правоотношений сторон, оценки договора, на основании которого заявлены иски, требования, и т.д., встречающиеся в судебной практике, не имеют под собой правового основания.

Частью 3 ст. 139 АПК РФ установлено положение о том, что мировое соглашение подлежит утверждению арбитражным судом в том случае, если оно не нарушает права и законные интересы других лиц и не противоречит закону <1>, т.е. первоочередной задачей суда является проверка заключенного мирового соглашения на предмет соответствия требованию законности. При этом закрепленной в действующем процессуальном законодательстве обязанности суда проверять представленное мировое соглашение соответствует право суда отказать в его утверждении в случае несоответствия указанного соглашения установленным в законе требованиям. Суд, отказывая в утверждении мирового соглашения, должен мотивировать свое решение <2>.

<1> Требования, предъявляемые к мировому соглашению, заключаемому в процессе третейского разбирательства, законодатель сформулировал несколько шире: в силу п. 3 ст. 32 Закона о третейских судах мировое соглашение не должно нарушать права и законные интересы других лиц и не может противоречить законам и иным нормативным правовым актам.

<2> Так, судом кассационной инстанции по результатам пересмотра дела, по которому суд апелляционной инстанции отказал в утверждении мирового соглашения, был сделан вывод о том, что суд апелляционной инстанции, не указавший ни одного основания для отказа, нарушил нормы процессуального права. Отменяя вынесенные по делу судебные акты, суд кассационной инстанции подчеркнул, что нормы АПК РФ предоставляют сторонам право окончить спор путем заключения мирового соглашения, тогда как арбитражный суд должен принимать меры к примирению сторон и утверждать за установленными законом изъятиями мировые соглашения, направленные на прекращение судебного спора на основе взаимных уступок (Постановление ФАС Московского округа от 6 июня 2000 г. по делу N КГ-А40/2149-00). Подобное мнение высказано, например, в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 10 ноября 2005 г. по делу N А13-1194/03-16.

В силу ч. ч. 2, 3 ст. 184 АПК РФ определение об отказе в утверждении мирового соглашения выносится в виде отдельного судебного акта, который в силу ч. 9 ст. 141 АПК РФ допускает его обжалование лицами, участвующими в деле. Последствием отказа в утверждении мирового соглашения является рассмотрение спора по существу (либо при наличии к тому оснований - оставление иска без рассмотрения или прекращение производства).

Надо отметить, что в дореволюционном законодательстве отсутствовала норма, прямо закрепляющая возможность суда отказать в утверждении мирового соглашения, что рассматривалось дореволюционными российскими правоведомы как недостаток закона <1>.

<1> В частности, К. Анненков, критикуя норму, содержащуюся в ст. 1366 Устава гражданского судопроизводства, говорил, что она сформулирована таким образом, что позволяет сделать вывод о том, что все без исключения мировые сделки "безусловно и во всех случаях" должны подлежать принятию со стороны суда. Далее он писал, что на суде должна лежать обязанность проверять условия допустимости мировой сделки, в силу чего суду должна принадлежать также и обязанность отвергать мировые сделки, совершенные с нарушением этих условий (см.: Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. С. 243).

При проверке мирового соглашения суду надлежит осуществить проверку на соответствие его ряду требований. Вследствие этого представляется целесообразным обозначить основные требования, которым должно соответствовать мировое соглашение.

1. Законность. Обязательным для мирового соглашения является соответствие его требованиям закона и отсутствие нарушений прав и законных интересов других лиц. При этом речь идет не только о требованиях, предусмотренных процессуальным законодательством, но и о требованиях, вытекающих из гражданского (материального) законодательства. В поддержку этого утверждения следует опереться на мнение дореволюционных правоведов, которые указывали на

подчинение судебной мировой сделки и требованиям гражданского законодательства, и правилам законодательства о судопроизводстве <1>.

<1> См., например: Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. Т. 2. С. 1198; Парамонов А.С. Мировая сделка. С. 134 - 135; Гражданское уложение. Кн. V: Обязательства. С. 307.

Как обоснованно отмечалось в Постановлении арбитражного суда кассационной инстанции, "судебное мировое соглашение - гражданско-правовая сделка, которая должна отвечать требованиям закона и ее действительности" <1>. Эти требования, предъявляемые к мировому соглашению как гражданско-правовой сделке, не раскрываются в процессуальном законодательстве - они изложены в гражданском законодательстве. Проверка мирового соглашения на предмет соответствия его этим требованиям предусматривает прежде всего проверку того, что мировое соглашение не является ничтожной сделкой, совершенной <2>:

<1> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 24 января 2006 г. по делу N Ф03-А51/05-1/4650.

<2> Здесь не будет анализироваться возможность заключения мирового соглашения гражданином, признанным недееспособным вследствие психического расстройства (ст. 171 ГК РФ), или несовершеннолетним, не достигшим 14 лет (ст. 172 ГК РФ).

- с целью, противной основам правопорядка (ст. 169 ГК РФ);
- для вида, без намерения создать соответствующие правовые последствия (мнимые сделки - п. 1 ст. 170 ГК РФ);
- с целью прикрыть другую сделку (притворные сделки - п. 2 ст. 170 ГК РФ);
- не в соответствии с законом или иным правовым актом, регулирующим эту категорию сделок (данный вид договоров) <1> (ст. 168 ГК РФ).

<1> Надлежащая проверка соответствия судебной мировой сделки положениям гражданского законодательства, предусмотренным для этой категории сделки (данного вида договоров), возможна в том случае, если суд дал правильную квалификацию возникающего из мирового соглашения правоотношения. В этой связи нельзя не согласиться с выводом О. Степановой и Г.В. Воронкова, которые говорят о необходимости изложения в определении об утверждении мирового соглашения не только условий последнего, но и юридической квалификации возникших правоотношений (см.: Степанова О. Мировая сделка в суде второй инстанции. С. 52; Воронков Г.В. Судебные определения об утверждении мировых соглашений сторон и охрана прав граждан в советском гражданском процессе // Развитие прав граждан СССР и усиление их охраны на современном этапе коммунистического строительства. Саратов, 1962. С. 227).

Изложенное не позволяет согласиться со все чаще встречающейся в судебной практике позицией, согласно которой при проверке мирового соглашения отсутствует "обязанность суда проверять, нарушает ли мировое соглашение или не нарушает интересы стороны этого соглашения, поскольку при его заключении стороны сами действуют в своих интересах" <1>. Проверка мирового соглашения на предмет соответствия его требованию законности (в частности, проверка его действительности) охватывает собой и проверку на предмет того, не нарушены ли данным мировым соглашением права и интересы самих участников мирового соглашения. Здесь можно процитировать высказывание А.Г. Гойхбарга, отмечавшего, что суд должен "следить за тем, чтобы под видом мирового соглашения не производилась какая-либо незаконная сделка" <2>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 8 февраля 2005 г. по делу N КГ-А40/3-05-2. Подобное мнение высказывается и в судебных актах некоторых иных судов (см., например, Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 22 ноября 2005 г. по делу N Ф08-5493/2005, ФАС Западно-Сибирского округа от 11 апреля 2005 г. по делу N А56-28718/04).

<2> Гойхбарг А.Г. Курс гражданского процесса. М.; Л.: Госиздат, 1928. С. 206.

Для того чтобы сделать вывод о соответствии мирового соглашения требованию законности, необходима также его надлежащая оценка на предмет того, не влечет ли его заключение нарушения прав и законных интересов других лиц (ч. 3 ст. 139 АПК РФ; п. 2 ст. 160 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)"; п. 3 ст. 32 Закона о третейских судах). Данное обстоятельство обычно предполагает анализ объекта мирового соглашения - имущества, которым по условиям мирового соглашения распоряжаются его субъекты и которое должно отвечать

условиям, рассмотренным ранее. Таким образом, для того, чтобы говорить о том, что мировое соглашение не нарушает прав и законных интересов других лиц, суду по крайней мере необходимо установить, что:

- имущество, передаваемое по мировому соглашению, не изъято из оборота и не ограничено в обороте;

- участники мирового соглашения обладают правом распоряжаться имуществом, в отношении которого совершается мировое соглашение (что подтверждено соответствующими правоустанавливающими документами);

- имущество, передаваемое по мировому соглашению, не состоит под арестом и в отношении него нет спора с другими лицами.

2. Ясность. Проверая мировое соглашение, суд должен проверить его и на предмет понимания сторонами его условий и последствий заключения: условия мирового соглашения должны носить четкий и определенный характер и не вызывать сомнения при толковании его содержания и возможности его исполнения. Неясность (непонятность) для сторон условий мирового соглашения, возможно, породит новые споры и исключит возможность добровольного его исполнения <1>. Поэтому анализ мирового соглашения на предмет ясности его условий для сторон есть одно из проявлений содействия суда в урегулировании спора (примирении сторон).

<1> Так, Е. Пушкар обоснованно указывает, что суд должен следить за тем, чтобы условия мирового соглашения были ясны, определены и не допускали дальнейших споров (см.: Пушкар Е. Мировое соглашение в судебной практике // Советская юстиция. 1973. N 10. С. 9).

Здесь же следует подчеркнуть недопустимость включения в мировое соглашение невыполнимых условий, поскольку, как подчеркивает В. Рясенцев, спор в таком случае не будет ликвидирован <1> - он будет лишь видоизменен.

<1> См.: Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения). С. 27.

Поскольку мировое соглашение подлежит исполнению по правилам, предусмотренным законодательством для исполнения акта (при том, как указывалось выше, что само мировое соглашение судебным актом не является), к нему предъявляются также некоторые иные требования, необходимые для обеспечения его принудительного исполнения <1>. Это требования полноты, безусловности, определенности (категоричности).

<1> Процессуальное законодательство прямо не закрепляет подобных требований, но здесь следует согласиться с мнением Р.Е. Гукасяна, который, в частности, отмечает, что утверждение судом мирового соглашения делает его годным к принудительному осуществлению, в силу чего мировое соглашение должно удовлетворять многим требованиям, предъявляемым к судебному решению (см.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. 1970. С. 165).

3. Полнота. Соответствие этому требованию означает, что в мировом соглашении решена судьба всех требований, которые были заявлены. Например, требованию полноты должны отвечать мировые соглашения по делам о несостоятельности и мировые соглашения, заключаемые в период принудительного исполнения. Но мировое соглашение отвечает этому требованию не во всех случаях, поскольку заключение мирового соглашения допускается как в отношении всего иска, так и в отношении его части. Следовательно, требование полноты не носит характера обязательного требования, предъявляемого ко всем без исключения мировым соглашениям.

4. Безусловность. Это требование, которому в обязательном порядке должно отвечать мировое соглашение, означает, что мировое соглашение обязано быть свободным от каких-либо условий, от которых зависит исполнение мирового соглашения. Включение в мировое соглашение подобных условий при обращении к исполнению вызвало бы необходимость устанавливать, наступило ли это условие или не наступило; для этого требовалось бы новое судебное исследование и, следовательно, новое судебное разбирательство, что недопустимо. Соблюдение требования безусловности позволит принудительно исполнить заключенное мировое соглашение в случае отказа одной из сторон от добровольного его исполнения.

Данная точка зрения нашла свое отражение в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретному делу, который, установив из содержания мирового соглашения, что сторонами исполнение принятых на себя обязательств поставлено в зависимость от обстоятельств, которые на момент подписания мирового соглашения не наступили, признал неправомерным утверждение указанного мирового соглашения <1>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 10 ноября 1998 г. N 1828/98.

Та же позиция выражена в Постановлении суда кассационной инстанции по конкретному делу, в котором указывается на то, что суд нижестоящей инстанции утвердил мировое соглашение, исполнимость которого была поставлена в зависимость от поступления денежных средств на расчетный счет ответчика. Между тем, как подчеркнул суд кассационной инстанции, "условия мирового соглашения, заключенного сторонами, должны быть изложены четко и определенно, с тем чтобы не было неясностей при его толковании и споров по поводу его содержания при исполнении, а также возможности исполнения" <1>.

<1> Постановление ФАС Уральского округа от 10 ноября 2005 г. по делу N Ф09-3231/05-С4.

5. Определенность (или категоричность). Это требование прямо связано с предыдущим и предполагает, что мировое соглашение должно содержать в себе такие условия, которые позволят сделать однозначный вывод о его содержании. Требование определенности означает невозможность формулировки условий мирового соглашения альтернативным способом (не может быть установлено альтернативное право стороны или альтернативное право выбора порядка исполнения мирового соглашения).

Так, недопустимо включать в мировое соглашение условие о том, что сторона передает конкретное имущество, а при его отсутствии уплачивает денежные средства или оказывает услуги. Нарушение требования определенности затрудняет принудительное исполнение мирового соглашения, а иногда приводит к невозможности его принудительного исполнения.

Например, отказывая в утверждении мирового соглашения, суд ссылаясь на тот факт, что в тексте мирового соглашения его условия изложены неопределенно, одни пункты противоречат другим <1>. Более того, истец оставил за собой право обратиться в арбитражный суд для принудительного исполнения мирового соглашения с учетом первоначальных исковых требований. При таких обстоятельствах обоснован вывод суда о том, что сторонами не было достигнуто мировое соглашение (спор не был урегулирован).

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июля 1997 г. N 2324/97.

С учетом всего сказанного следует сделать вывод о том, что мировое соглашение должно отвечать требованиям ясности, безусловности и определенности, которые в целом составляют критерий исполнимости мирового соглашения <1>. Соответствие критерию исполнимости позволит осуществить принудительное исполнение мирового соглашения в том случае, если оно не было добровольно исполнено сторонами. Неясность же в вопросах соответствия мирового соглашения требованиям законности, действительной воли сторон и формулировки его условий, как подчеркивал П. Елисейкин, влечет либо к утверждению незаконного мирового соглашения, либо к невозможности его принудительного исполнения <2>.

<1> Этим обусловлено указание на необходимость четкости в формулировании условий мирового соглашения, содержащееся в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 октября 1996 г. N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции", в котором отмечалось: "...условия мирового соглашения... должны быть изложены четко и определенно, с тем чтобы не было неясностей и споров по поводу его содержания при исполнении".

<2> См.: Елисейкин П. Судебные мировые соглашения // Советская юстиция. 1968. N 7. С. 18.

В развитие данной темы нельзя не упомянуть проблему частичного утверждения мирового соглашения, еще, к сожалению, встречающуюся на практике. Она обнаруживает себя в случаях, когда суд по собственной инициативе (а иногда по инициативе одной из сторон мирового соглашения) извлекает из представленного сторонами мирового соглашения отдельные его условия, которые, по их мнению, не соответствуют предъявляемым законом требованиям, утверждая мировое соглашение в оставшейся части <1>.

<1> Эта проблема возникает иногда и при пересмотре судом кассационной инстанции определений об утверждении мирового соглашения. Например, суд кассационной инстанции, признав неправомерным включенное в мировое соглашение условие об обязанности одного общества передать другому обществу рабочую и исполнительную документацию (?) счел возможным исключить этот пункт из определения об утверждении мирового соглашения (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 9 октября 2006 г. по делу N Ф04-5969/2006(26416-А81-24)). Примечательно, что в Постановлении того же суда по другому делу

изложена противоположная (абсолютно верная) позиция: "Поскольку согласование условий мирового соглашения возложено частью 2 статьи 138 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации на стороны, арбитражный суд не вправе исключить из него какие-либо положения либо утверждать мировое соглашение в части. В силу части 5 статьи 49 и части 6 статьи 141 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд не утверждает мировое соглашение сторон, если это противоречит закону или нарушает права других лиц. Таким образом, арбитражный суд при отсутствии недостатков, предусмотренных частью 5 статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, утверждает мировое соглашение в целом. Если мировое соглашение в целом либо отдельные его части противоречат закону, арбитражный суд должен отказать в утверждении мирового соглашения, что не лишает стороны права заключить мировое соглашение на иных условиях" (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 5 октября 2006 г. по делу N Ф04-6440/2006(27000-А45-16); см. также Постановления ФАС Московского округа от 14 декабря 2004 г. по делу N КГ-А40/11397-04, от 22 августа 2005 г. по делу N КГ-А40/5520-05).

Такая самодеятельность суда неправомерна. В случае обнаружения в представленном сторонами мировом соглашении хотя бы одного условия, которое не соответствует предъявляемым законом требованиям, суд может предложить сторонам исключить его из текста мирового соглашения или привести его в соответствие с требованиями закона. При отказе или уклонении сторон от осуществления названных действий суд вправе отказать в утверждении мирового соглашения в целом, указав в определении мотивы, по которым это условие им было признано не соответствующим закону или критерию исполнимости. Таким образом, суд не вправе в нарушение волеизъявления сторон (или одной из сторон) мирового соглашения вносить или исключать отдельные договорные условия либо изменять их содержание: таким образом будет нарушен основной принцип гражданского права - принцип свободы договора <1> (ст. ст. 1, 421 ГК РФ). В подтверждение данного вывода можно сослаться на мнение Г.Ф. Шершеневича, который подчеркивал, что суд не может изменять своей властью условия сделки, он вправе утвердить или отвергнуть ее <2>.

<1> Эта точка зрения, и ранее высказывавшаяся автором настоящей главы, нашла подтверждение в судебной практике. Так, в Постановлении арбитражного суда кассационной инстанции говорится: "Сущность мирового соглашения состоит в отказе от судебной защиты и урегулировании самими сторонами существующего между ними спора о праве. Заключая мировое соглашение, субъекты действуют на свой риск и свободны в определении условий договора; суд не может оказывать влияние на волеизъявление сторон, он вправе утвердить мировое соглашение или отказать в его утверждении" (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28 марта 2006 г. по делу N А29-12263/2005-1э). См. также Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 ноября 2006 г. по делу N Ф08-6034/2006.

<2> См.: Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М.: Статут, 2000. С. 453.

Надо отметить, что вынесение определения об отказе в утверждении мирового соглашения не препятствует заключению сторонами нового мирового соглашения и представлению его в арбитражный суд на утверждение. Такая норма прямо закреплена в ст. 161 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" и является специальной, но нет никаких препятствий для использования данного права и при заключении мирового соглашения в исковом производстве или на стадии исполнения.

Немаловажным представляется вопрос о том, может ли судья, излагая мировое соглашение в определении об утверждении мирового соглашения, изменить некоторые формулировки условий мирового соглашения.

Думается, что допущенные в мировом соглашении орфографические ошибки судья вправе исправить, не перенося их в определение и затем в исполнительный лист. Однако в отношении лексических и стилистических недочетов такая корректировка вряд ли принесет положительные результаты.

В том случае, если стиль изложения условий мирового соглашения таков, что затрудняет понимание мирового соглашения, допускает различные толкования его условий (что может иметь негативные последствия при исполнении мирового соглашения), допустимо предложить сторонам по-иному сформулировать условия мирового соглашения. При уклонении сторон от совершения указанного действия суд вправе отказать в утверждении мирового соглашения по причине его неопределенности, способной создать препятствия на стадии исполнения (о чем было сказано выше).

В том случае, если сформулированные сторонами условия могут быть истолкованы однозначно, но недостаточно корректны с точки зрения правил русского языка, думается, суд не вправе предлагать сторонам исправить допущенные ими погрешности. В данном случае суд

излагает мировое соглашение в определении в том виде, в котором оно было заключено сторонами (без купюр и исправлений).

Установив обязательность утверждения мирового соглашения судом (п. 4 ст. 139 АПК; п. 3 ст. 173 ГПК РФ; п. 4 ст. 150 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)"; ст. 38 Закона о третейских судах, п. 3 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве), законодатель, по сути, ввел требование о его судебной форме. В отсутствие утверждения судом мирового соглашения последнее не соответствует требованиям, предъявляемым к его форме, и не может рассматриваться как состоявшийся юридический факт. Иными словами, в соответствии со ст. ст. 432, 434 ГК РФ мировое соглашение, не представленное в суд для утверждения либо представленное, но в утверждении которого суд отказал, будет являть собой незаключенный договор <1>. Данная позиция нашла свое отражение в судебной практике: арбитражный суд кассационной инстанции прямо указал, что мировое соглашение, не утвержденное судом, не вступило в действие, в связи с чем не влечет юридических последствий <2>.

<1> Прямое подтверждение данному тезису содержится в п. 1 ст. 161 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)", согласно которому в случае вынесения арбитражным судом определения об отказе в утверждении мирового соглашения мировое соглашение считается незаключенным.

<2> Постановление ФАС Московского округа от 19 марта 2007 г. по делу N КА-А40/1752-07.

Таким образом, моментом заключения мирового соглашения является утверждение его судом, которое оформляется определением; с этого момента мировое соглашение признается действующим <1>.

<1> В п. 5 ст. 150 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)", где установлено, что мировое соглашение вступает в силу для должника, конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, а также третьих лиц, участвующих в мировом соглашении, с даты утверждения арбитражным судом и является обязательным для должника, конкурсных кредиторов, уполномоченных органов и третьих лиц, участвующих в мировом соглашении.

Важно отметить, что до момента утверждения судом мирового соглашения любая из сторон может отказаться от заключения этого договора, и обязанностью суда в этом случае будет отказ в утверждении мирового соглашения. Так, арбитражный суд отклонил ходатайство об утверждении мирового соглашения на стадии исполнения судебного акта по причине отказа одной из сторон от заключения мирового соглашения <1>. Суд кассационной инстанции, поддерживая позицию суда первой инстанции, обоснованно указал, что заключение мирового соглашения является правом сторон, ни одна из них не может быть понуждена к заключению мирового соглашения.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 13 июля 2000 г. по делу N А10-337/00-19-Ф02-1288/00-С2.

После утверждения судом мирового соглашения ни одна из сторон не вправе отозвать мировое соглашение. Право отзыва мирового соглашения, которое допускается, в частности, в немецком процессе <1>, незнакомо современному отечественному законодательству и доктрине. Российская правовая традиция предполагает, что судебная мировая сделка, надлежащим образом засвидетельствованная, навсегда прекращает спор между сторонами (или, следуя положениям ст. 1366 Устава гражданского судопроизводства, навсегда прекращала дело). Вследствие этого, отмечал Д.И. Азаревич, "процесс считается окончанным и не может быть вызван к жизни даже по соглашению сторон; суд должен отклонить всякую попытку их продолжать процесс" <2>.

<1> См.: Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. С. 161.

<2> Азаревич Д. Судостроительство и судопроизводство по гражданским делам. Университетский курс. Т. 3: Судопроизводство. С. 100. Впоследствии такую точку зрения воспринял А.Г. Гойхбарг, указывавший, что дело не может быть ни возобновлено, ни вновь начато (см.: Гойхбарг А.Г. Курс гражданского процесса. С. 206).

3. Проблемы оспаривания мирового соглашения

3.1. Возможность оспаривания мирового соглашения

Дореволюционные правоведы сходились во мнении, что судебная мировая сделка должна отвечать всем требованиям, предъявляемым гражданским правом к обычным сделкам. И.Е. Энгельман, анализируя судебные и внесудебные мировые сделки, подчеркивал: "Мировая сделка

по существу своему - учреждение гражданского права, поэтому ее допустимость, условия, действительность и обязательность определяются по нормам гражданского права" <1>. Его поддерживал Д.И. Азаревич, писавший о том, что действительность мировой сделки как гражданско-правовой сделки обуславливается нормами гражданского права <2>.

<1> Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 446.

<2> См.: Азаревич Д. Судоустройство и судопроизводство по гражданским делам. Университетский курс. Т. 3: Судопроизводство. С. 97.

Действительность мирового соглашения презюмируется. Но, как было сказано в ч. 2 настоящей главы, суд должен установить соответствие мирового соглашения требованию законности, которое подразумевает и анализ содержания мирового соглашения на предмет отсутствия в нем пороков, указанных в ст. ст. 169 - 170 ГК РФ (отсутствие цели, противной основам правопорядка; мнимые и притворные сделки), а также соответствие мирового соглашения закону или иному правовому акту, регулиющему эту категорию сделок (данный вид договоров) (ст. 168 ГК РФ). Обнаружение названных дефектов позволяет говорить о ничтожности заключаемого мирового соглашения, что, безусловно, исключает возможность утверждения его судом.

Например, судом кассационной инстанции при рассмотрении мирового соглашения, утвержденного судом нижестоящей инстанции, было установлено, что по условиям мирового соглашения одно общество передавало в собственность другого общества земельный участок в счет погашения долга <1>. При этом, как выяснил суд, на данном земельном участке находились объекты недвижимости, принадлежащие первому. Названное мировое соглашение было обоснованно признано судом кассационной инстанции не соответствующим требованиям земельного законодательства: п. 4 ст. 35 Земельного кодекса РФ не допускает отчуждение земельного участка без находящихся на нем зданий, строений, сооружений в случае, если они принадлежат одному лицу (здесь следует упомянуть и то, что в п. 11 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 марта 2005 г. N 11 "О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства" содержится вывод о том, что сделки, воля сторон по которым направлена на отчуждение земельного участка без находящихся на нем объектов недвижимости, если земельный участок и расположенные на нем объекты принадлежат на праве собственности одному лицу, являются ничтожными).

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15 августа 2006 г. по делу N Ф04-5133/2006(25406-А45-9).

Все иные дефекты мирового соглашения (например, пороки воли в сделках, совершенных под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ) либо под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой или стечения тяжелых обстоятельств (ст. 179 ГК РФ), а также пороки субъектного состава в сделках, совершенных юридическим лицом с выходом за пределы его правоспособности (ст. 173 ГК РФ) либо лицом, наделенным полномочиями, либо органом юридического лица от имени последнего, с выходом за пределы установленных полномочий (ст. 174 ГК РФ)) на стадии рассмотрения мирового соглашения могут и не быть установлены. Хотя, безусловно, если они будут установлены судом при анализе мирового соглашения либо одна из его сторон, обнаружив подобный дефект сделки, укажет на него и заявит отказ от такого мирового соглашения (до момента его утверждения судом), такое мировое соглашение не может быть утверждено судом.

Если же порок воли или иное основание для признания недействительным мирового соглашения будут выявлены много позже после утверждения мирового соглашения судом, то возникает достаточно серьезная проблема. Данная проблема обусловлена тем, что Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ занял позицию, согласно которой оспаривание мирового соглашения допускается только посредством обжалования утверждающего ее судебного акта <1>. Процессуалисты также практически единодушны в мнении о том, что требование о недействительности мирового соглашения должно заявляться посредством обжалования определения об утверждении мирового соглашения <2>. Иными словами, в отличие от внесудебной мировой сделки, возможность оспаривания которой ни у кого не вызывает сомнений, возможность оспаривания в самостоятельном порядке действительности мирового соглашения, утвержденного судом, натывается сегодня на серьезные препятствия.

<1> В Постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ прямо указал, что оспорить сделку передачи имущества, совершенную во исполнение утвержденного судом мирового соглашения, можно только путем обжалования судебного акта, которым утверждено это мировое соглашение (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 сентября 2003 г. N 4161/03).

<2> См., например: Пятилетов И.М. Мирное соглашение как способ разрешения спора о праве без вынесения судебного решения. С. 56; Грось Л.А. Мирное соглашение в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 1996. N 12; Моисеев С. Мирное соглашение в арбитражном производстве // Российская юстиция. 1999. N 10; Пилехина Е.В. Мирное соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: Дис. ... к.ю.н. С. 49; Сердюкова Н.В., Князев Д.В. Мирное соглашение в практике арбитражных судов. С. 48.

Следуя позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, судебнo-арбитражная практика исходит из запрета на самостоятельное оспаривание мирового соглашения и требование о применении последствий его недействительности, допуская только обжалование определения об утверждении мирового соглашения.

Так, арбитражный суд прекратил производство по делу о признании мирового соглашения недействительным, мотивировав это тем, что законодательство не предусматривает возможность признания утвержденного судом мирового соглашения недействительным, поскольку действительность мирового соглашения подтверждена судебным актом (определением). По мнению суда, "признание мирового соглашения недействительным означает нарушение основополагающих процессуальных принципов; у суда отсутствуют основания для переоценки обстоятельств, установленных вступившим в законную силу судебным актом об утверждении мирового соглашения" <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 марта 2007 г. по делу N Ф04-1366/2007(32385-А75-30).

Рассмотрев кассационную жалобу, поданную на определение о прекращении производства по данному делу, суд кассационной инстанции указал следующее: "Заключение мирового соглашения в силу статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации является исключительным процессуальным правом спорящих сторон, направленным прежде всего на урегулирование возникшего материально-правового конфликта. Несмотря на то что мировое соглашение непосредственно затрагивает гражданские права и обязанности его участников, тем не менее оно носит ярко выраженный процессуальный характер. Заключение мирового соглашения находится под контролем арбитражного суда, и правовые последствия материального характера в виде установления для сторон ее субъективных прав и обязанностей наступают только после утверждения данного соглашения арбитражным судом, который по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения выносит определение (статьи 139, 141 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Пересмотр мирового соглашения возможен лишь путем обжалования заинтересованным лицом определения о прекращении производства по делу в связи с утверждением мирового соглашения в установленном законом порядке.

Ссылаясь на незаконность мирового соглашения, истец по существу оспаривает законность судебного акта по делу (определения об утверждении мирового соглашения), а порядок обжалования судебных актов предусмотрен Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.

Глава 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, закрепляя положения о компетенции арбитражного суда, не предоставила ему право пересматривать возникшие из судебных актов права и обязанности в порядке искового производства. Избранный истцом способ защиты нарушенного права нормами Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не предусмотрен" <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 марта 2007 г. по делу N Ф04-1366/2007(32385-А75-30).

Подобное мнение выражено в Постановлении другого суда кассационной инстанции, которое было вынесено по делу о признании мирового соглашения недействительным <1>. В нем со ссылкой на ч. 1 ст. 16 АПК РФ, устанавливающую обязательность (а также исполнимость) судебных актов арбитражного суда для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц, граждан, указывается, что определение об утверждении мирового соглашения, являющееся судебным актом, также обязательно и подлежит исполнению. И в заключение делается следующий вывод: "Признание мирового соглашения недействительным затронуло бы действие данной нормы и по существу являлось бы дезавуированием определения об утверждении мирового соглашения в обход закона... Гражданско-правовая сделка, которая утверждается судом, может быть оспорена в специальном порядке, предусмотренном законом. Порядок и условия обжалования определения

об утверждении мирового соглашения предусмотрены в АПК РФ. Признание мирового соглашения недействительным в общем порядке законом не предусмотрено".

<1> Постановление ФАС Московского округа от 15 февраля 2005 г. по делу N КГ-А40/314-05.

Сегодня наблюдается все большее число исков о признании мировых соглашений недействительными. При том, что мнение о недопустимости оспаривания мирового соглашения в самостоятельном порядке еще сохраняется, некоторые суды уже признают допустимой возможность рассмотрения таких исков по существу <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 19 декабря 2006 г. по делу N Ф03-А59/05-1/4165.

Поддерживая возможность оспаривания мирового соглашения в самостоятельном порядке, нельзя не высказать несколько критических замечаний относительно подхода, избранного Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ и отраженного в судебной практике. Но прежде чем переходить к его критическому разбору, необходимо несколько слов сказать об обжаловании определения об утверждении мирового соглашения.

По правилам ч. 8 ст. 141 АПК РФ участвующие в деле лица вправе обратиться в суд кассационной инстанции с жалобой на определение об утверждении мирового соглашения в течение месяца со дня вынесения определения.

Процессуальные нарушения, признаваемые основанием для отмены судебного акта, исчерпывающе поименованы в п. 4 ст. 288 АПК РФ. В отношении определения об утверждении мирового соглашения такими основаниями могут быть: рассмотрение дела арбитражным судом в незаконном составе; рассмотрение дела в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания; нарушение правил о языке; отсутствие на судебном акте подписи судьи или одного из судей либо подписание судебного акта не теми судьями, которые в нем указаны; отсутствие в деле протокола судебного заседания или подписание его не теми лицами, которые указаны в ст. 155 АПК РФ; нарушение правила о тайне совещания судей. Обнаружив подобные нарушения, суд кассационной инстанции должен отменить определение об утверждении мирового соглашения и направить дело на новое рассмотрение (п. 3 ч. 1 ст. 287 АПК РФ) <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 2 марта 2006 г. по делу N А42-3868/04-13.

Обязанностью суда при рассмотрении мировых соглашений является также проверка полномочий представителя на заключение мирового соглашения - такое полномочие должно быть специально оговорено в доверенности, выдаваемой представляемым, или в ином документе, подтверждающем полномочия представителя (ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 140 АПК РФ; ст. 54 ГПК РФ). Ситуации, когда суд надлежащим образом не проверяет наличие у представителя таких полномочий на заключение мирового соглашения и/или не отражает результаты такой проверки в определении об утверждении мирового соглашения, отнюдь нередки <1>.

<1> См., например, Постановления ФАС Дальневосточного округа от 5 октября 2004 г. по делу N Ф03-А59/04-1/2540, ФАС Волго-Вятского округа от 20 октября 2005 г. по делу N А29-11109/2004-1э, ФАС Уральского округа от 22 августа 2006 г. по делу N Ф09-7127/06-С5, ФАС Московского округа от 24 августа 2006 г. по делу N КГ-А40/6785-06, ФАС Северо-Западного округа от 18 июля 2006 г. по делу N А56-27995/2005.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил определение об утверждении мирового соглашения и направил дело на новое рассмотрение, поскольку из содержания судебного акта не следовало, что суд, утверждая мировое соглашение и прекращая производство по делу, проверил наличие соответствующих полномочий у представителя, подписавшего мировое соглашение от имени ответчика <1>. Между тем из имеющейся в материалах дела доверенности, выданной представителю ответчика, усматривалось, что полномочиями на заключение мирового соглашения последний не был наделен.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. N 4109/00.

Определение об утверждении мирового соглашения, которое содержит в себе не соответствующие фактическим обстоятельствам выводы о наличии у представителя стороны полномочий на заключение мирового соглашения (или не содержит таких выводов вовсе),

подлежит отмене. В таком случае дело подлежит направлению на новое рассмотрение, поскольку выводы, содержащиеся в таком судебном акте, не соответствуют установленным по делу фактическим обстоятельствам или имеющимся в деле доказательствам (п. 3 ч. 1 ст. 287 АПК РФ).

Особые проблемы вызывает проверка полномочий лица, подписывающего мировое соглашение, в тех случаях, когда мировое соглашение является крупной сделкой.

Суды здесь практически единодушны: при утверждении мирового соглашения, связанного с отчуждением имущества, суд должен не только проверить полномочия лица на его заключение, но и исследовать вопрос о том, является ли данная сделка крупной и совершена ли она в соответствии с законодательством об акционерных обществах или обществах с ограниченной ответственностью.

Например, по делу о взыскании задолженности по векселям и процентов стороны заключили мировое соглашение, по условиям которого ответчик (ввиду отсутствия денежных средств) в погашение долга обязался передать конкретное имущество <1>. Данное мировое соглашение было утверждено судом. Однако впоследствии определение об утверждении мирового соглашения было обжаловано по мотиву того, что президент общества, подписавший мировое соглашение от имени общества (ответчика), превысил свои полномочия: мировое соглашение являлось для ответчика крупной сделкой, связанной с отчуждением имущества, стоимость которого составляла фактически 100% балансовой стоимости активов, что влекло за собой его ликвидацию, а это требовало согласия общего собрания акционеров.

<1> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 2 февраля 2007 г. по делу N Ф03-А04/06-1/4528.

Как установил суд кассационной инстанции, при утверждении мирового соглашения данные обстоятельства проверены не были, вследствие чего определение об утверждении мирового соглашения было отменено и дело направлено на новое рассмотрение <1>.

<1> См. также Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 24 апреля 2006 г. по делам N А78-14683/05-С1-7/371-Ф02-1827/06-С2, ФАС Северо-Кавказского округа от 21 декабря 2006 г. по делу N Ф08-5412/2006, ФАС Поволжского округа от 11 января 2007 г. по делу N А57-4802/06-38, ФАС Западно-Сибирского округа от 11 апреля 2007 г. по делам N Ф04-1767/2007(32661-А46-22), Ф04-1767/2007(32662-А46-22).

Целиком поддерживая данную позицию, нельзя не отметить, что, строго говоря, проверка того, является ли сделка крупной и обладает ли единоличный орган юридического лица полномочиями на ее заключение, не является процессуальным действием суда по проверке полномочий представителя на заключение мирового соглашения. Эта проверка подразумевает оценку законности (действительности) самого мирового соглашения. Иными словами, проверка полномочий представителя от имени представляемого (именно представителя, а не органа юридического лица, который не является представителем этого юридического лица) есть процессуальное действие суда <1>, проверка полномочий органа юридического лица (президента, директора и проч.) на заключение крупной сделки - оценка мирового соглашения на соответствие требованию законности.

<1> О различиях между представителем и органом юридического лица см.: Рожкова М.А. Проблемы возмещения расходов на оплату услуг представителей и иных судебных убытков // Убытки и практика их возмещения: Сб. статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 605 - 607 (СПС "КонсультантПлюс").

Если при вынесении определения об утверждении мирового соглашения были допущены иные процессуальные нарушения, суд кассационной инстанции в соответствии с ч. 3 ст. 288, п. 2 ч. 1 ст. 287 АПК РФ вправе изменить это определение, не передавая дело на новое рассмотрение. К таким нарушениям следует относить те, которые не соответствуют положениям, закрепленным в гл. 15 АПК РФ: если, например, при отсутствии условия о распределении расходов в мировом соглашении суд не решил вопрос распределения судебных расходов или не возвратил истцу из федерального бюджета половину уплаченной государственной пошлины и т.д.

Сказанное позволяет говорить о том, что основания для оспаривания определения об утверждении мирового соглашения, которые упомянуты в АПК РФ, - это явно не те основания, по которым в подавляющем большинстве сегодня обжалуются определения об утверждении мирового соглашения. И в этом нет ничего удивительного: оспаривать определение об утверждении мирового соглашения по материальным основаниям просто невозможно, поскольку это определение не является итоговым решением, которым бы спор разрешался по существу. Иными словами, это определение, следуя цитируемому ранее высказыванию Е.В.

Васьковского, обладает только формальной законной силой (в отсутствие материальной) и никак не воздействует на отношения сторон (но только констатирует прекращение между сторонами спора посредством совершения мировой сделки и окончание вследствие этого судебного процесса). А ведь для сторон мирового соглашения, выявивших недействительность заключенной ими сделки, интерес состоит именно в отношении вопроса связанности их обязательствами из мирового соглашения.

Таким образом, недопущение оспаривания мирового соглашения в общем порядке привело к тому, что такое оспаривание вынужденно прикрывается обжалованием судебного акта. Ситуация, надо сказать, нестандартная.

Справедливости ради надо сказать, что в дореволюционном праве не было прямой нормы, допускающей возможность оспаривания судебной мировой сделки. Однако, например, К. Анненков считал, что иск о признании недействительной мировой сделки должен допускаться даже тогда, "когда бы сделка была принята судом, на том основании, что... сделка представляется не чем иным, как только тем же частным договором сторон, как и в тех случаях, когда она и не была предъявлена суду" <1>. Иными словами, как и всякая гражданско-правовая сделка, судебная мировая сделка могла оспариваться через возбуждение нового искового производства.

<1> Анненков К. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. VI. С. 242.

Для устранения существующей неясности составителями проекта Устава гражданского судопроизводства было внесено предложение о включении в него статьи, гласившей: "Мировая сделка может быть оспариваема по тем же основаниям, что и любые другие договоры" (ст. 1064 проекта Устава гражданского судопроизводства) <1>. Комментируя данную статью, составители отмечали, что "мировая сделка, как всякий договор, может быть оспариваема и признаваема недействительною по причинам, предусмотренным в законах гражданских, например, за отсутствием свободной воли одной из заключивших ее сторон... причем то обстоятельство, БЫЛА ЛИ СДЕЛКА СОВЕРШЕНА ПРИ УЧАСТИИ ОБЩЕСТВЕННОЙ ВЛАСТИ ИЛИ БЕЗ ЭТОГО УЧАСТИЯ, ПРЕДСТАВЛЯЕТСЯ В СУЩНОСТИ БЕЗРАЗЛИЧНЫМ (выделено мной. - М.Р.)" <2>.

<1> Проект новой редакции Устава гражданского судопроизводства // Приложение к "Вестнику права". 1900. Март. С. 212.

<2> Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства. Т. III. СПб., 1900. С. 132.

Опираясь на изложенную точку зрения, представляется необходимым указать на то, что подход, согласно которому оспаривание мирового соглашения осуществляется путем обжалования утверждающего его судебного акта, является неверным: вопросы недействительности оспоримого договора - мирового соглашения, утвержденного судом, - должны быть предметом самостоятельного судебного разбирательства на основании специального иска. В поддержку этого вывода можно привести следующие доводы.

Во-первых, предшествующая утверждению мирового соглашения проверка есть проверка на предмет его законности и соответствие критерию действительности. Как уже было сказано выше, при этой проверке суд может, как правило, обнаружить ничтожность сделки, тогда как все основания оспоримости сделки он установить не может. Признание же оспоримой сделки недействительной требует самостоятельного судебного разбирательства по специальному иску, поскольку, как пишет О.С. Иоффе, несоответствие нормам права, свойственное оспоримым сделкам, трудно распознаваемо и не может быть выявлено без представления и оценки необходимых доказательств <1>.

<1> См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. Л.: Изд. Ленингр. ун-та, 1958. С. 230.

Отказывая в возможности самостоятельного оспаривания мирового соглашения, различные авторы нередко ссылаются на необходимость придания мировому соглашению стабильности; удостоверение судом мирового соглашения должно, по их мнению, придавать мировому соглашению свойство "окончателности".

Между тем не учитывается, что мировое соглашение, несмотря на утверждение его судом, остается все же гражданско-правовой сделкой. Укрепление такой сделки за счет исключения возможности заинтересованным лицам использовать средства защиты прав, упомянутые в ст. 12 ГК РФ, по сути есть ограничение права на судебную защиту нарушенного субъективного права, что противоречит принципу судебной защиты прав, провозглашенному Конституцией РФ.

Во-вторых, ч. 8 ст. 141 АПК РФ предусматривает, что определение об утверждении мирового соглашения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение

месяца со дня вынесения определения. В надзорную инстанцию с жалобой на такое определение заявитель может обратиться в срок, не превышающий трех месяцев со дня его вступления в законную силу (ч. 3 ст. 292 АПК РФ). В совокупности установленный процессуальным законом общий срок на обжалование утверждающего судебного акта не превышает трех месяцев со дня вынесения этого акта.

Вместе с тем основания недействительности мирового соглашения могут быть выявлены значительно позднее названного срока (заинтересованные лица могут узнать о заключенном мировом соглашении спустя месяцы, а то и годы после его утверждения судом) <1>.

<1> Например, по одному из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ, было установлено, что индивидуальный предприниматель, не участвовавший в деле, узнал о состоявшемся мировом соглашении, которым на него были возложены обязанности, почти через три года, когда истец по рассматриваемому делу предъявил к нему иск о взыскании денежных средств в соответствии с заключенным мировым соглашением (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 сентября 2001 г. N 10592/00. См. также Постановление Президиума ВАС РФ от 13 марта 2007 г. N 8392/05).

Учитывая, что ст. 181 ГК РФ предусматривает трехлетний срок исковой давности для обращения с требованием о применении последствий недействительности ничтожной сделки и годичный - с требованием о признании оспоримой сделки недействительной и применении последствий ее недействительности, оспаривание мирового соглашения путем обжалования судебного акта (с соблюдением установленных АПК РФ процессуальных сроков) приводит в конечном счете к фактическому ограничению сроков исковой давности, установленных ГК РФ.

В-третьих, ч. 8 ст. 141 АПК РФ предусматривает, что определение об утверждении мирового соглашения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца с момента его вынесения. Стороны лишены возможности обратиться с жалобой на это определение в суд апелляционной инстанции (в силу прямого указания закона), а специфика оснований для изменения или отмены судебных актов в порядке надзора дает основания для вывода о неэффективности обращения с подобной жалобой в надзорную инстанцию.

Таким образом, оспаривание собственно мирового соглашения путем обжалования определения об утверждении мирового соглашения будет реально эффективным лишь в одной судебной инстанции - кассационной. При этом в ситуации, когда мировое соглашение заключено на стадии кассационного рассмотрения, упомянутое определение не будет пересматриваться кассационной инстанцией <1>.

<1> Об отказе в пересмотре в кассационном порядке определения суда кассационной инстанции об утверждении мирового соглашения см., например, Определение ФАС Дальневосточного округа от 17 января 2006 г. по делу N Ф03-А24/05-1/4456.

В-четвертых, мировое соглашение является гражданско-правовой сделкой и, несмотря на утверждение его судом, ни в коей мере не может приравниваться к судебному акту. Порядок, предусмотренный для обжалования вынесенных судебных актов, не годится для оспаривания гражданско-правовой сделки.

Вследствие сказанного существующий сегодня подход, предусматривающий оспаривание сделки посредством обжалования судебного акта, не может рассматриваться как адекватное средство правовой защиты.

3.2. Лица, обладающие правом оспорить мировое соглашение

Критикуя позицию, согласно которой оспаривание мирового соглашения допускается посредством обжалования судебного акта, необходимо также отметить следующее.

Статья 42, ст. 273, ст. 292 АПК РФ наделяют правом обжалования судебных актов в кассационном и надзорном порядке и лиц, не участвующих в деле, о правах и обязанностях которых арбитражный суд принял судебный акт.

Вместе с тем, поскольку определение об утверждении мирового соглашения не оформляет решения по существу дела, оно не может затрагивать прав лиц, не участвующих в деле, вследствие чего жалобы этих лиц судом не рассматриваются. Примеров тому судебная практика обнаруживает достаточное число.

Так, арбитражный суд кассационной инстанции, рассматривая дело по иску о признании недействительным мирового соглашения, указал, что, поскольку истец "не является лицом, участвующим в заключении мирового соглашения, и законом не предусмотрена возможность оспаривания мирового соглашения, утвержденного судом, путем предъявления самостоятельного иска отдельно от обжалования определения об утверждении мирового соглашения, суды первой и

апелляционной инстанций пришли к правомерному выводу о неподведомственности суду спора о признании недействительным утвержденного судом мирового соглашения" <1>.

<1> Постановление ФАС Центрального округа от 5 февраля 2007 г. по делу N А14-5031/00/71/5.

Таким образом, складывается парадоксальная ситуация: несмотря на то, что мировое соглашение в некоторых случаях нарушает права и законные интересы лиц, не участвовавших в деле, правила процессуального законодательства, по сути, исключают для них возможность обжаловать определение об утверждении мирового соглашения, а сложившиеся в судебной практике подходы - оспорить само мировое соглашение.

Суды пытаются найти выход из сложившейся ситуации.

Так, арбитражный суд кассационной инстанции установил, что при утверждении мирового соглашения суд первой инстанции исходил из того, что общество-ответчик является собственником имущества, тогда как из кассационной жалобы, поданной индивидуальным предпринимателем, следовало, что именно последний является собственником этого имущества, а "утвержденное обжалуемым судебным актом мировое соглашение нарушает его права и законные интересы" <1>. Суд кассационной инстанции, отменив определение об утверждении мирового соглашения, направил дело на новое рассмотрение с указанием на необходимость привлечения к участию в нем индивидуального предпринимателя.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11 января 2007 г. по делу N А56-17173/2006.

Такое решение суда кассационной инстанции нельзя назвать неправильным. Но, строго говоря, положения ст. 42, ст. 273, ст. 292 АПК РФ предоставляют возможность обжаловать именно судебный акт, которым нарушены права лица, не участвовавшего в деле, в то время как мировое соглашение не является судебным актом, а именно оно обычно нарушает права таких лиц <1>.

<1> Надо отметить, что действующий Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" существенно расширил круг лиц, обладающих правом обжалования утверждающего судебного акта, включив в него помимо лиц, участвующих в деле о банкротстве, также третьих лиц, участвующих в мировом соглашении, иных лиц, права и законные интересы которых нарушены или могут быть нарушены мировым соглашением (п. 1 ст. 162 упомянутого Закона).

Следовательно, на сегодняшний день лица, не участвовавшие в деле, по которому принято мировое соглашение, ограничены в реализации судебной защиты прав, нарушенных данным мировым соглашением, - судебная защита прав этих лиц полностью зависима от судебного усмотрения. Это еще раз подтверждает неправильность избранного подхода, согласно которому оспаривание мирового соглашения допускается путем обжалования определения об утверждении мирового соглашения.

Итак, круг лиц, обладающих правом оспорить собственно мировое соглашение (заинтересованные лица), значительно отличается от круга лиц, обладающих правом обжаловать утверждающий судебный акт (лица, участвующие в деле). Для того чтобы правильно определить, кого следует относить к заинтересованным лицам, необходимо обратиться к понятию материально-правового интереса, поскольку только в этом случае субъект будет признаваться заинтересованным для целей оспаривания мирового соглашения.

Определив материально-правовой интерес как потребность субъекта в получении пользы (выгоды, блага), которая может быть достигнута путем реализации субъективного права или движения правоотношения, можно утверждать следующее.

В отсутствие субъективного права лицо лишено возможности его реализации, это свидетельствует и об отсутствии у этого лица юридически значимого материально-правового интереса к реализации данного субъективного права. Так, лицо, не являющееся титульным владельцем имущества, не вправе предоставлять это имущество в пользование другим лицам, не вправе реализовать его, не вправе истребовать это имущество из чужого незаконного владения.

Аналогичная ситуация отсутствия материально-правового интереса возникает в том случае, если лицо имеет определенный интерес, но этот интерес не обеспечивается возможностью оказать влияние на движение правоотношения между иными лицами. Например, предприниматель, арендующий нежилое помещение для коммерческих целей, заинтересован в том, чтобы арендаторы в этом здании обладали качествами "солидной фирмы", т.е. лицо имеет интерес в отношении договоров аренды соседних помещений, совершаемых арендодателем с иными лицами, но такой интерес не является материально-правовым.

Интерес, не являющийся юридически значимым материально-правовым интересом, не признается правом и не может иметь правовую защиту. Другой подход к данному вопросу привел бы к полной ликвидации гражданского оборота: практически любое лицо было бы вправе вмешаться в правоотношение, связывающее иных лиц.

С учетом всего сказанного определением "заинтересованное лицо" (в широком смысле) охватывается достаточно большая категория лиц: под заинтересованным лицом следует понимать лицо, которое, реализуя потребность в получении пользы (выгоды, блага), может осуществить конкретное субъективное право или оказать влияние на движение конкретного правоотношения.

Когда права лица на реализацию субъективного права или движение правоотношения нарушаются (или оспариваются), оно вправе обратиться с требованием об их защите в суд. В узком смысле понятием "заинтересованное лицо" охватывается категория лиц, которые обладают правом на иск, а также лиц, чьи права и законные интересы будут предметом рассмотрения при разбирательстве дела по такому иску.

С процессуальной точки зрения обратиться в арбитражный суд с иском и "требовать от государства в лице суда объективно-правильного решения, обладающего установленной законом правовой силой", <1> вправе любое лицо, обладающее процессуальной право- и дееспособностью (ст. 43 АПК РФ). Иными словами, для того чтобы быть стороной в арбитражном процессе, достаточно обладать процессуальной право- и дееспособностью.

<1> Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль, 1906 (цит. по: Хрестоматия по гражданскому процессу / Под общ. ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 1996. С. 150).

С материальной точки зрения лицо, обратившееся в суд с иском, должно обладать заинтересованностью в исходе дела. Иначе говоря, претендовать на получение от суда решения в свою пользу может только заинтересованное лицо, будь это собственник имущества, право собственности которого оспаривается, либо кредитор, не получивший надлежащего исполнения, либо потерпевший, которому причинен внедоговорный вред, либо сторона ничтожной сделки, желающая возратить переданное по данной сделке имущество, и т.д. В том случае, если суд установит, что иск подан лицом, которое нельзя рассматривать в качестве заинтересованного лица, такой иск не подлежит удовлетворению. Следовательно, прежде всего суду необходимо убедиться в наличии у истца правомочий на предъявление иска.

Представляются заинтересованными лиц, обладающих правом требовать применения последствий недействительности ничтожной сделки, признания недействительной оспоримой сделки и применения последствий ее недействительности, следует разделить на три группы.

Первая группа - это непосредственные участники совершенной сделки.

Вторая группа - это лица, которые прямо поименованы в законе в качестве заинтересованных лиц <1>. Например, согласно ст. 173 ГК РФ оспорить сделку, выходящую за пределы правоспособности юридического лица, вправе само юридическое лицо, его учредители (участники) или государственный орган, осуществляющий контроль или надзор за деятельностью юридического лица.

<1> Круг лиц, которые вправе обращаться с исками о признании оспоримой сделки недействительной, исчерпывающе определяется законом, поэтому по такого рода спорам суду необходимо проверять, наделил ли закон лицо, заявляющее иск, правом обращения с подобными исковыми требованиями; при отсутствии у него такого права арбитражный суд в любом случае не может удовлетворить заявленный иск (см., например, п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 мая 1998 г. N 9).

Однако исчерпывающим образом определив круг лиц, обладающих правом оспорить сделку, закон далеко не во всех случаях прямо называет заинтересованных лиц, обладающих правом требовать применения последствий недействительности ничтожной сделки. Следовательно, необходимо определить третью группу лиц, которые не являются участниками сделки и прямо не поименованы в законодательстве как заинтересованные лица, однако обладают правом предъявить в суд указанное требование.

В литературе обнаруживается вывод о том, что к заинтересованным лицам, которые вправе заявлять требования о применении последствий недействительности ничтожной сделки, следует относить лиц, чьи имущественные интересы будут восстановлены непосредственно в результате применения последствий недействительности этой сделки <1>. В качестве реальной иллюстрации данному утверждению (применительно к мировому соглашению) можно привести следующее дело.

<2> См.: Болахнина Л.В. Правовой режим ничтожных и оспоримых сделок // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научн. тр. Вып. 2. М.: Статут; Екатеринбург: Ин-т частного права, 2002. С. 430.

Общество (взыскатель) и индивидуальный предприниматель (должник) обратились в арбитражный суд с заявлением об утверждении мирового соглашения, заключенного на стадии исполнительного производства <1>. Заявление было удовлетворено: мировое соглашение суд утвердил.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17 мая 2005 г. по делу N А29-6566/2003-2э.

При рассмотрении кассационной жалобы, поданной другим обществом, суд кассационной инстанции установил, что упомянутое мировое соглашение было утверждено между одним из взыскателей и должником по сводному исполнительному производству. При этом другие взыскатели, относящиеся к взыскателям одной очереди (одним из которых и был кассатор), к участию в деле не привлекались. Определение об утверждении мирового соглашения было отменено, дело направлено на новое рассмотрение.

С учетом вышесказанного к заинтересованным лицам, которые обладали бы правом заявлять о недействительности мирового соглашения и требовать применения последствий его недействительности в том случае, если допускать оспаривание мирового соглашения в общем порядке, следовало бы отнести:

- 1) субъектов мировой сделки;
- 2) лиц, обладающих таким правом в силу прямого указания норм гражданского законодательства;
- 3) лиц, чьи имущественные интересы будут восстановлены непосредственно в результате применения последствий недействительности мировой сделки.

Резюмируя вышесказанное, можно утверждать, что вопросы недействительности мирового соглашения должны определяться общими правилами гражданского законодательства. При этом подходы, сложившиеся на сегодня в судебной практике, явно нуждаются в изменении.

4. Динамика мирового соглашения

4.1. Возможность изменения и расторжения мирового соглашения

Вообще надо заметить, что российскому законодательству свойственно достаточно жесткое нормативное установление не только оснований, но и порядка изменения и расторжения договора и последствий таких преобразований. Это обусловлено тем, что основой стабильного гражданского оборота могут быть только стабильные договорные обязательства; недопустимо преобразование содержания договорного обязательства без уважительных на то причин.

В этих условиях особого внимания заслуживает вопрос ограничения сторон мирового соглашения по его изменению или расторжению. Эти ограничения основаны на следующем.

Согласно п. 1 ст. 452 ГК РФ соглашение об изменении или расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное.

Мировое соглашение, как уже указывалось выше, требует соблюдения судебной формы - утверждения его судом. Следовательно, в соответствии с правилами п. 1 ст. 452 ГК РФ преобразование мирового соглашения допустимо осуществить только в той же судебной форме, если иное не следует из закона или договора (мирового соглашения).

Частный случай преобразования мирового соглашения - его расторжение регулируется Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)". В силу п. 2 ст. 164 упомянутого Закона мировое соглашение может быть расторгнуто арбитражным судом в отношении всех конкурсных кредиторов и уполномоченных органов в случае неисполнения или существенного нарушения должником условий мирового соглашения относительно требований таких конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, составляющих в совокупности не менее чем 1/4 требований конкурсных кредиторов и уполномоченных органов к должнику на дату утверждения мирового соглашения. Кроме того, ст. 165 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" определяет порядок рассмотрения судом заявления о расторжении мирового соглашения, ст. 166 упомянутого Закона - последствия расторжения судом мирового соглашения.

Предусмотрев возможность расторжения мирового соглашения по делам о несостоятельности, законодатель при всем том не регламентировал преобразования мировых соглашений по делам других категорий: каких-либо иных случаев законодательной регламентации изменения и расторжения мирового соглашения не обнаруживается. Отсутствие специальных норм, определяющих форму и порядок преобразования мирового соглашения, фактически лишает участников мирового соглашения возможности впоследствии (после его утверждения судом) изменить или расторгнуть его по соглашению сторон: такая сделка будет совершена с нарушением

судебной формы, обязательной для этой сделки (и следовательно, будет рассматриваться как незаключенная (ст. ст. 432, 434 ГК РФ)).

В то же время в судебной практике встречаются случаи, когда субъекты мирового соглашения обращаются в суд с ходатайством об изменении мирового соглашения либо замене прежнего мирового соглашения новым.

Например, в суд кассационной инстанции сторонами было представлено мировое соглашение, которым стороны намеревались заменить мировое соглашение, заключенное ими в суде первой инстанции. Суд кассационной инстанции отклонил это ходатайство, поскольку утвержденное ранее мировое соглашение "в установленном законом порядке не отменено, а возможность утверждения второго мирового соглашения Арбитражным процессуальным кодексом РФ не предусмотрена" <1>.

<1> Постановление ФАС Уральского округа от 11 ноября 2003 г. по делу N Ф09-3214/03-ГК.

Рассмотренный судебный акт следует признать безусловно правильным: замена одного мирового соглашения другим в вышестоящей судебной инстанции не допускается.

Альтернативой преобразования мирового соглашения по соглашению сторон является возможность участников мирового соглашения заключить новое мировое соглашение на стадии исполнения прежнего мирового соглашения, соблюдая предусмотренные законом требования. Новое мировое соглашение, заключаемое на стадии исполнения прежнего мирового соглашения, уничтожает последнее: оно не может быть восстановлено даже в случае недействительности нового мирового соглашения.

Такое (новое) мировое соглашение, заключаемое на стадии принудительного исполнения прежнего мирового соглашения, подлежит утверждению арбитражным судом (ч. 4 ст. 139, ст. 141 АПК РФ). Новое мировое соглашение, утвержденное арбитражным судом, является обычным мировым соглашением, заключенным в период принудительного исполнения; не исполненное добровольно новое мировое соглашение, утвержденное судом, будет принудительно исполнено по правилам ст. 142 АПК РФ. Последствием заключения нового мирового соглашения будет то, что стороны лишаются права требовать возвращения к прежнему мировому соглашению, заключенному ими по делу искового производства.

Судебно-арбитражной практике известны случаи обращения одной из сторон мирового соглашения к суду с требованием об отсрочке или рассрочке исполнения мирового соглашения, изменении способа и порядка его исполнения.

Так, в арбитражный суд обратился один из участников мирового соглашения, требуя изменить способ и порядок исполнения: обусловленный мировым соглашением вид исполнения он просил заменить взысканием стоимости подлежащего передаче имущества <1>. Суд первой инстанции удовлетворил данное заявление.

<1> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 6 мая 2002 г. по делу N Ф03-А37/02-1/707.

Постановлением апелляционной инстанции этот судебный акт был отменен, в удовлетворении заявления об изменении способа и порядка исполнения определения об утверждении мирового соглашения отказано. Свое решение суд апелляционной инстанции мотивировал тем, что мировое соглашение не допускает применения норм об отсрочке или рассрочке исполнения судебного акта, изменения способа или порядка его исполнения, поскольку это изменяет предмет мирового соглашения в нарушение волеизъявления одной из сторон.

Подтверждая правильность позиции суда апелляционной инстанции, суд кассационной инстанции указал, что обращение взыскателя с упомянутым заявлением следует рассматривать как выражение его воли на изменение условий мирового соглашения. Так как при утверждении мирового соглашения во внимание принималась взаимная договоренность сторон, одностороннее изменение предмета мирового соглашения в нарушение волеизъявления другой стороны недопустимо.

В аналогичном случае Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал правомерной отмену определения об изменении порядка и способа исполнения определения об утверждении мирового соглашения, указав следующее <1>. Мировое соглашение является волеизъявлением сторон, которое утверждается судом в соответствии с требованиями АПК РФ, если оно не противоречит законам и иным нормативным правовым актам и не нарушает права и законные интересы других лиц. Взыскивая с ответчика денежную стоимость утраченного имущества в порядке изменения способа исполнения, суд по существу изменил сам предмет мирового соглашения в нарушение волеизъявления одной из сторон, что недопустимо.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 1999 г. N 3695/98.

В то же время можно встретить и судебные акты, которыми суд, сочтя это возможным, по ходатайству одной из сторон изменил предмет или способ исполнения определения мирового соглашения, рассрочил или отсрочил исполнение мирового соглашения.

Думается, что формированию правильной судебной арбитражной практики препятствуют прежде всего смешение понятий мирового соглашения и определения об утверждении мирового соглашения, о чем говорилось ранее (см. об этом ч. 1 настоящей главы), а кроме того, вероятно, отсутствие четкого понимания сущности отсрочки, рассрочки исполнения судебного акта, изменения способа и порядка его исполнения.

Положения ст. 324 АПК РФ, ст. 434 ГПК РФ, регулирующих вопросы отсрочки, рассрочки исполнения судебного акта, а также изменения способа и порядка его исполнения, распространяются на случаи рассмотрения судом спора по существу <1>.

<1> Указанные статьи не содержат перечня оснований для отсрочки, рассрочки или изменения способа и порядка исполнения судебного акта, а лишь устанавливают критерий их определения - обстоятельства, затрудняющие исполнение судебного акта, предоставляя суду в каждом конкретном случае решать вопрос об их наличии с учетом всех обстоятельств дела.

В литературе высказывается мнение о том, что отсрочку, рассрочку исполнения судебного акта, а также изменение способа и порядка его исполнения можно рассматривать и в качестве способа исправления недостатков судебного решения <1>. Таким образом, суд, рассмотревший спор по существу и вынесший по нему решение, по сути наделен правом подкорректировать вынесенное им самим решение с учетом конкретных обстоятельств, возникших после его вынесения.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданский процесс" (под ред. В.В. Яркова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание пятое, переработанное и дополненное).

<1> Гражданский процесс / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: БЕК, 1999. С. 325.

Сущность мирового соглашения состоит в отказе от судебной защиты и урегулировании самими сторонами существующего между ними спора. Это урегулирование (ликвидация) спора осуществляется путем совершения сделки - мирового соглашения. Заключая мировое соглашение, лица свободны в определении условий договора; суд не может оказывать влияние на волеизъявление сторон, он вправе утвердить мировое соглашение или отказать в его утверждении. Последующее произведение судом любого из действий, указанных в ст. 324 АПК РФ, ст. 434 ГПК РФ, будет изменением судом условий гражданско-правового договора (мирового соглашения) вопреки волеизъявлению стороны (сторон) мирового соглашения <1>. Суд не вправе вмешиваться в мировое соглашение, внося в него изменения путем отсрочки или рассрочки, изменения способа или порядка исполнения согласованных сторонами обязанностей. Порядок, предусмотренный правилами ст. 324 АПК РФ, ст. 434 ГПК РФ, распространяется только на случаи изменения судебного акта, но не мирового соглашения.

<1> Данная позиция автора настоящей работы, высказывавшаяся и ранее, нашла свое подтверждение в судебной практике (см., например, Постановления ФАС Уральского округа от 3 апреля 2006 г. по делу N Ф09-2225/06-С6, ФАС Волго-Вятского округа от 24 октября 2005 г. по делу N А17-44/13-2004-141и).

4.2. Проблема неисполнения мирового соглашения

Для внесудебной мировой сделки характерно включение условий об ответственности за нарушение возникших из нее обязательств.

По-иному решаются вопросы ответственности за нарушение обязательств из мирового соглашения: стороны не вправе предусматривать в мировом соглашении неустойку, пени, штраф за неисполнение или ненадлежащее исполнение принятых ими обязательств, т.е. в мировом соглашении недопустимо устанавливать меры ответственности за нарушение принятых обязательств. Это обусловлено тем, что мировое соглашение обеспечивается государственным принуждением, и следовательно, при отсутствии добровольного исполнения оно будет исполнено принудительно соответствующими государственными органами в предусмотренном законом порядке. Такое положение в принципе исключает возможность неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств из мирового соглашения.

Данное положение воспринято судебной практикой. Так, отменяя определение об утверждении мирового соглашения, арбитражный суд кассационной инстанции помимо прочего

(подписание мирового соглашения неуполномоченным лицом и др.) указывал на то обстоятельство, что последствия неисполнения мирового соглашения отличаются от предусмотренных ч. 2 ст. 142 АПК РФ <1>. (Согласно ч. 2 ст. 142 АПК РФ мировое соглашение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению по правилам разд. VII АПК РФ на основании исполнительного листа, выдаваемого арбитражным судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.)

<1> Постановление ФАС Московского округа от 20 сентября 2006 г. по делу N КГ-А41/8947-06.

Нормы о принудительном исполнении заключенного сторонами мирового соглашения при отсутствии его добровольного исполнения носят императивный характер. Поэтому стороны не вправе своим соглашением ограничить использование данного порядка исполнения мирового соглашения, т.е. стороны правомочны не использовать возможность принудительного осуществления мирового соглашения, но не вправе соглашением сторон вводить ограничения в отношении государственного принуждения.

Так, при рассмотрении кассационной жалобы суд установил, что сторонами было заключено мировое соглашение, одним из пунктов которого предусматривалось, что исполнительный лист по данному мировому соглашению не выдается (по причине перечисления ответчиком истцу обусловленной суммы) <1>. Признавая данное условие мирового соглашения противоречащим закону, суд правомерно указал, что возможность принудительного исполнения не может устраниваться соглашением спорящих сторон.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 26 февраля 2002 г. по делу N КГ-А40/791-02.

Итак, при отсутствии добровольного исполнения мирового соглашения (по делу искового производства или на стадии принудительного исполнения судебных актов) оно подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого арбитражным судом по ходатайству лица - участника этого мирового соглашения. В литературе указывается, что суд обязан выдать такой исполнительный лист незамедлительно, если только лицо, заключившее мировое соглашение, заявило о его неисполнении другой стороной в порядке и в сроки, которые предусмотрены этим соглашением <1>.

<1> См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М.: Городец-издат, 2003. С. 417. Ранее исполнительный лист на принудительное исполнение мирового соглашения выдавался сразу после вынесения определения об утверждении мирового соглашения. Действующее законодательство отказалось от этого правила: ст. 142 АПК РФ исключает необходимость выдачи исполнительного листа одновременно с определением, утверждающим мировое соглашение.

В частности, суд кассационной инстанции, установив, что мировое соглашение, заключенное сторонами, не было исполнено должником в оговоренный в нем срок (платежи по мировому соглашению должны были производиться должником ежемесячно в течение трех лет, а за период более одного года со дня наступления срока исполнения не было произведено ни одного платежа), указал на обязанность суда выдать исполнительный лист на принудительное исполнение мирового соглашения <1>.

<1> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17 апреля 2006 г. по делу N Ф04-1631/2006(21413-А81-39).

Частью 4 ст. 319 АПК РФ предусматривается общее правило, согласно которому по каждому судебному акту выдается один исполнительный лист. Учитывая, что выдача одного исполнительного листа может в некоторых случаях затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, ст. 319 АПК РФ прямо устанавливает конкретные ситуации, когда суд выдает несколько исполнительных листов. Таких ситуаций предусмотрено в законе две: если судебный акт принят в пользу нескольких истцов или против нескольких ответчиков или если исполнение должно быть произведено в различных местах (ч. 5 ст. 319 АПК РФ) либо если судебный акт предусматривает взыскание денежных сумм с солидарных ответчиков (ч. 6 ст. 319 АПК РФ).

Применительно к исполнению мирового соглашения в отношении применения норм ст. 319 АПК РФ, регламентирующей выдачу исполнительного листа, для целей принудительного исполнения нужно отметить следующее.

Во-первых, мировое соглашение, заключаемое двумя (и более) лицами может содержать условия о правах и обязанностях обеих сторон (взаимное обязательство), что потребует выдачи нескольких исполнительных листов, если обязательства, возникшие из мирового соглашения, добровольно не исполнил ни один из его участников. Следуя правилу ч. 2 ст. 142 АПК РФ, предусматривающей выдачу исполнительного листа по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение, можно говорить о том, что для целей исполнения мирового соглашения вполне допустима выдача не одного, а нескольких исполнительных листов различным субъектам мирового соглашения.

Во-вторых, выдача исполнительного листа для принудительного исполнения мирового соглашения каждому из лиц, заключивших мировое соглашение, допускает применение упомянутых выше правил п. п. 5 и 6 ст. 319 АПК РФ. Иными словами, при наличии обстоятельств, указанных в п. п. 5 и 6 ст. 319 АПК РФ, лицо, заключившее мировое соглашение, вправе получить несколько исполнительных листов.

Часть 3 ст. 319 АПК РФ предусматривает выдачу исполнительного листа по общему правилу после вступления судебного акта в законную силу. Но, учитывая, что принудительному исполнению подлежит не утверждающее определение, а непосредственно само мировое соглашение в случае отсутствия его добровольного исполнения, момент, с которого допустимо требовать принудительного исполнения мирового соглашения, будет другим.

В силу ч. 1 ст. 142 АПК РФ мировое соглашение исполняется добровольно лицами, его заключившими, в порядке и в сроки, которые им предусмотрены, следовательно, в период срока, установленного сторонами для добровольного исполнения обязанностей из судебной мировой сделки, ее принудительное исполнение недопустимо <1>.

<1> Аналогичная точка зрения высказана Э.М. Мурадян, которая отмечает, что принудительное исполнение не может иметь мест в пределах срока для добровольного исполнения (см.: Мурадян Э.М. Цивилистика: право и процесс. Синхронность правил // СПС "КонсультантПлюс").

Судебная практика идет по этому пути. Например, по одному из дел при заключении мирового соглашения стороны согласовали дату окончания срока его добровольного исполнения, что, по мнению суда, не позволяет осуществлять принудительное исполнение мирового соглашения ранее истечения установленного срока <1>.

<1> Постановление ФАС Поволжского округа от 3 июля 2001 г. по делу N 4380/2000-13.

Таким образом, исполнительный лист должен выдаваться только по истечении срока, предусмотренного мировым соглашением на добровольное исполнение.

Срок добровольного исполнения обязательств из мирового соглашения может устанавливаться двумя способами:

- путем указания на день, когда это обязательство должно быть исполнено;
- путем указания периода времени, в течение которого будет исполнено обязательство.

При отсутствии в мировом соглашении срока его добровольного исполнения и условий, позволяющих определить этот срок, такой срок исчисляется по правилам ст. 314 ГК РФ, если законом для данного вида (типа) договора не предусмотрен специальный срок исполнения обязательства.

Положения ч. 8 ст. 141 АПК РФ, предусматривающие немедленное исполнение определения об утверждении мирового соглашения, не распространяются на собственно мировое соглашение. Если мировое соглашение создает материально-правовые последствия для его сторон, то определение об утверждении мирового соглашения - только процессуальные. Немедленное исполнение последнего допускает возможность выдачи исполнительного листа на взыскание государственной пошлины и иных судебных расходов вне зависимости от того, решен ли этот вопрос соглашением сторон (в мировом соглашении) или в общем порядке арбитражным судом. Данное положение основано на том, что уплата судебных расходов является публичной обязанностью сторон судебного процесса в государственном суде.

Статья 113 Закона об исполнительном производстве предусматривает ответственность за неисполнение исполнительного листа должником, банком или иной кредитной организацией, а также ответственность за невыполнение законных требований судебного пристава-исполнителя и нарушение законодательства об исполнительном производстве.

Таким образом, действующее законодательство предусматривает меры публично-правовой ответственности, которые применяются к должнику (а также к иным лицам), по сути, за сопротивление принудительной силе государственной власти <1>. Такого рода санкции применяются к нарушителю обязательства, возникшего из мирового соглашения, с целью понудить его к исполнению принятой обязанности. Они не являются ответственностью по

гражданско-правовому обязательству, так как являются мерой ответственности участников мирового соглашения не перед контрагентом, а перед государством за нарушение требований исполнительного законодательства, закрепляющего меры принуждения к исполнению различного рода актов.

<1> Так, за неисполнение условий мирового соглашения на должника по заявлению судебного пристава-исполнителя был наложен судебный штраф (Постановление ФАС Центрального округа от 19 апреля 2006 г. по делу N А62-2320/2003).

Нужно специально подчеркнуть, что содержащиеся в АПК РФ положения о принудительном исполнении мирового соглашения по правилам исполнения судебного акта исключают возможность обращения сторон мирового соглашения с самостоятельным иском о взыскании долга, признанного мировым соглашением (исключением из этого являются мировые соглашения, заключаемые по делам о несостоятельности (банкротстве)). И, как уже отмечалось выше, стороны не должны закреплять в мировых соглашениях условия об ответственности за неисполнение мирового соглашения (и, соответственно, они не обладают правом предъявления иска о применении к другой стороне мирового соглашения мер гражданско-правовой ответственности), поскольку АПК РФ предусматривает специальный порядок принудительного исполнения мирового соглашения <1>. Иной подход вступает в противоречие со ст. 142 АПК РФ.

<1> К сожалению, судебная практика нередко обнаруживает решения, которыми удовлетворяются иски о взыскании долга, подтвержденного мировым соглашением, а чаще - неустойки или штрафа за неисполнение мирового соглашения.

В то же время по денежному обязательству, возникшему из мирового соглашения, могут взиматься проценты годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства. Речь идет о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ) в случае неисполнения должником денежного обязательства, вытекающего из мирового соглашения <1>.

<1> Пункт 2 ст. 156 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" прямо предусматривает, что на непогашенную часть требований кредиторов, подлежащих погашению в соответствии с мировым соглашением в денежной форме, начисляются проценты с даты утверждения мирового соглашения до даты удовлетворения соответствующей части требований кредиторов в размере, установленном п. 2 ст. 95 данного Закона.

Неисполнение или ненадлежащее исполнение должником денежного обязательства из мирового соглашения (по делу искового производства, делу о банкротстве, на стадии исполнения) влечет за собой фактическое пользование должником денежными средствами кредитора. Такое пользование подразумевает соответствующую компенсацию (плату) кредитору за пользование его капиталом.

Момент, с которого допустимо начислять проценты годовых, будет различаться в зависимости от условий мирового соглашения.

Если это преобразовательное условие, то проценты начисляются с момента истечения срока на добровольное исполнение условия мирового соглашения по уплате денежных средств. Так, суд отказал в иске о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, поскольку, заключив мировое соглашение, стороны изменили сроки исполнения ответчиком обязательства <1>. В другом случае неисполнение ответчиком обязательств из мирового соглашения явилось основанием для взыскания с него процентов годовых <2>.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 6 февраля 2007 г. по делу N А33-7467/06-Ф02-76/07. См. также Постановления ФАС Дальневосточного округа от 17 июня 2005 г. по делам N Ф03-А75/05-1/1403 и N Ф03-А73/05-1/1402.

<2> Постановление ФАС Поволжского округа от 16 марта 2006 г. по делу N А06-1381/1-8/05.

В том случае, если это условие подтверждающее, проценты начисляются с момента нарушения денежного обязательства (которое признано данным мировым соглашением) <1>.

<1> См., например, Постановление ФАС Поволжского округа от 20 декабря 2004 г. по делу N А65-8484/04-СГ1-5.

Анализ судебно-арбитражной практики показывает, что в большинстве случаев арбитражные суды обоснованно удовлетворяют требования кредиторов о взыскании процентов за пользование

чужими денежными средствами в связи с ненадлежащим исполнением должником денежных обязательств из мирового соглашения.

4.3. Толкование мирового соглашения для целей его исполнения

Учитывая то обстоятельство, что принудительное исполнение мирового соглашения осуществляется по правилам, предусмотренным для исполнения судебных актов (ч. 2 ст. 142 АПК РФ), действия судебного пристава-исполнителя при осуществлении исполнения мирового соглашения могут быть оспорены по правилам, установленным гл. 24 АПК РФ. Заявления об оспаривании решений и действий (бездействия) судебного пристава-исполнителя государственной пошлиной не облагаются (ст. 329 АПК РФ).

В начале данной части настоящей главы рассматривалась возможность отсрочки и рассрочки, изменения способа и порядка исполнения мирового соглашения, был сделан вывод о недопустимости применения судом положений ст. 324 АПК РФ, ст. 434 ГПК РФ об отсрочке и рассрочке, изменении способа и порядка исполнения.

Предусмотренную в ст. 324 АПК РФ, ст. 434 ГПК РФ возможность арбитражного суда изменить способ и порядок исполнения судебного акта нельзя отождествлять с правом судебного пристава-исполнителя обратиться с заявлением о взыскании на имущество должника при отсутствии на его счетах денежных средств. Такое право предоставлено судебному приставу-исполнителю законодательством об исполнительном производстве, и для этого не требуется подавать заявление в арбитражный суд.

Правило об обращении взыскания на имущество должника при отсутствии на его счетах денежных средств действует и в случае принудительного исполнения мирового соглашения: для этого не требуется дополнительного обращения в арбитражный суд. Данная позиция нашла свое отражение в судебно-арбитражной практике.

Так, по одному из дел сторонами было заключено мировое соглашение, в соответствии с условиями которого одна из сторон обязалась уплатить другой стороне конкретную сумму денежных средств <1>. Впоследствии взыскатель обратился с заявлением об изменении способа и порядка исполнения мирового соглашения, которое было удовлетворено: взыскание было обращено на имущество должника. Постановлением апелляционной инстанции определение об изменении способа и порядка судебного акта было отменено, в удовлетворении заявления отказано.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12 октября 2000 г. по делу N 928/95.

Обращаясь в суд кассационной инстанции, заявитель ссылался на отсутствие у должника денежных средств, достаточных для погашения долга, поэтому взыскание должно быть обращено на имущество должника.

Суд кассационной инстанции оставил без изменения постановление апелляционной инстанции, указав, что обращение взыскания на имущество должника непосредственно урегулировано нормами ст. 207 АПК РФ 1995 г., определяющей порядок обращения взыскания на имущество должника <1>, и нормами, содержащимися в соответствующих главах Закона об исполнительном производстве, а поэтому данный вопрос не требует принятия судом дополнительного акта.

<2> Ныне действующий АПК РФ не содержит в себе правил обращения взыскания на имущество должника, они содержатся в Законе об исполнительном производстве.

Нередко на стадии добровольного исполнения мирового соглашения у сторон возникают разногласия в толковании условий заключенного ими мирового соглашения. В большинстве таких случаев стороны обращаются за разъяснением мирового соглашения в арбитражный суд.

Между тем условия мирового соглашения определяют сами стороны, суд лишь утверждает представленное мировое соглашение. Нормы ст. 179 АПК РФ, определяющей порядок разъяснения решения, распространяются только на судебные акты (к которым отнесено решение, определение, постановление арбитражного суда). АПК РФ не предусмотрена возможность применения упомянутых положений к мировому соглашению. Вследствие этого арбитражный суд не наделен полномочиями на разъяснение участникам мирового соглашения условий заключенного ими соглашения.

По-иному решается вопрос о разъяснении судебному приставу-исполнителю требований, содержащихся в исполнительном листе, по которому принудительно исполняется мировое соглашение.

В силу ч. 1 ст. 32 Закона об исполнительном производстве в случае неясности положений исполнительного документа, способа и порядка его исполнения судебный пристав-исполнитель вправе обратиться в суд, выдавший исполнительный документ, с заявлением о разъяснении. Часть 2 названной статьи Закона предусматривает обязанность суда дать такое разъяснение.

Думается, что арбитражный суд в случае необходимости вправе разъяснить судебному приставу-исполнителю требования исполнительного листа, выданного на принудительное исполнение судебной мировой сделки, поскольку выдаче исполнительного листа предшествовали оценка судом мирового соглашения на предмет его ясности и определенности, установление судом наличия обязанности, о принудительном исполнении которой заявлено кредитором, и формулирование судом этого вывода в исполнительном листе. Иными словами, четкость и ясность формулировок исполнительного листа, выданного во исполнение мирового соглашения, зависят от судьи, изложившего в исполнительном листе обязанность должника, вытекающую из мирового соглашения.

Если в процессе уяснения содержания мирового соглашения у суда возникнут затруднения, с целью их преодоления он вправе воспользоваться правилами о толковании условий договора, установленными в ст. 431 ГК РФ. При этом толкование условий договора в рамках мирового соглашения возможно только путем выяснения буквального значения содержащихся в договоре слов и выражений - сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом (первый способ толкования договора, предусматриваемый ст. 431 ГК РФ). Использование другого способа толкования договора - выяснения действительной общей воли сторон исходя из цели договора, анализа переговоров и переписки, практики деловых отношений сторон и т.д. - существенно ограничено отсутствием соответствующих материалов. Следовательно, определяя содержание условий мирового соглашения, суд будет исходить из буквального значения содержащихся в нем слов и выражений.

Например, при рассмотрении дела о выдаче взыскателю дубликата исполнительного листа на принудительное исполнение мирового соглашения суд кассационной инстанции, рассматривавший дело, указал следующее <1>. Содержащееся в исполнительном листе условие п. 2 носит неоднозначный характер, не позволяющий определить, является ли указанный пункт условием имущественной ответственности или предусматривает порядок взыскания основной суммы долга в случае нарушения условий мирового соглашения. По мнению суда кассационной инстанции, суд при утверждении мирового соглашения мог исходить только из второго значения данного пункта (считать это условие устанавливающим порядок взыскания суммы долга).

<1> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 апреля 2004 г. по делу N Ф03-А73/04-1/806.

Такое толкование суда кассационной инстанции с учетом факта добровольного исполнения должником условий мирового соглашения повлекло за собой отказ в выдаче дубликата исполнительного листа. Иной вывод, как отмечал суд кассационной инстанции, нарушал бы интересы должника.

Сказанное позволяет еще раз подчеркнуть необходимость соответствия мирового соглашения критерию исполнимости - требованиям ясности, определенности и безусловности и настаивать на обязательном соблюдении названных требований с целью реального исполнения мирового соглашения в соответствии с условиями, закрепленными в этом договоре.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие

Глава I. Соглашение о подсудности

1. Понятие и виды подсудности
2. Понятие соглашения о подсудности и проблемы его правового регулирования
3. Заключение соглашения о подсудности, его изменение и расторжение
4. Отсутствие, недействительность соглашения о подсудности или утрата его юридической силы

Глава II. Соглашение о международной подсудности

1. Понятие и квалификация соглашения о международной подсудности
 - 1.1. Основные проблемы правового регулирования и действия соглашения
 - 1.2. Понятие международной подсудности
 - 1.3. Проблема выбора места суда и соглашение о подсудности как способ ее решения
 - 1.4. Понятие соглашения о международной подсудности
2. Право, применимое к соглашениям о международной подсудности, и общие принципы разрешения правовых коллизий
 - 2.1. Действие международных актов
 - 2.2. Действие норм внутреннего права
3. Условия действительности соглашения о международной подсудности
 - 3.1. Способности сторон заключать соглашение о международной подсудности
 - 3.2. Срок, в течение которого соглашение может быть заключено
 - 3.3. Допустимость предмета соглашения
 - 3.4. Определенность соглашения
4. Заключение соглашения о международной подсудности
5. Форма соглашения о международной подсудности
 - 5.1. Общие положения
 - 5.2. Форма соглашения по российскому праву
 - 5.3. Коллизионные проблемы регулирования формы соглашения
 - 5.4. Форма соглашения в соответствии с нормами европейского права
6. Подсудность, основанная на безоговорочном вступлении ответчика в процесс
7. Действие соглашения о международной подсудности
 - 7.1. Действие соглашения в соответствии с правом Российской Федерации и международными договорами с ее участием
 - 7.2. Подсудность требования о зачете
 - 7.3. Подсудность встречного иска
 - 7.4. Компетенция суда принимать обеспечительные меры
 - 7.5. Соглашение о подсудности и привлечение третьего лица к участию в деле
 - 7.6. Субъективные границы действия соглашения
8. Исполнение соглашения о международной подсудности
9. Ничтожность и оспоримость соглашения о международной подсудности. Последствия признания его недействительным
10. Последствия неправомерного неисполнения и ответственность за нарушение соглашения о международной подсудности

Глава III. Третейское (арбитражное) соглашение

1. Понятие и правовая природа третейского (арбитражного) соглашения
2. Классификация третейских (арбитражных) соглашений
3. Сфера применения третейского соглашения
4. Проблемы правового регулирования третейских (арбитражных) соглашений
5. Заключение и оформление третейского (арбитражного) соглашения
6. Недействительность третейского (арбитражного) соглашения

Глава IV. Соглашение о примирительной процедуре

1. Понятие примирительной процедуры
 - 1.1. Существо примирительной процедуры
 - 1.2. Примирение в зарубежном законодательстве и международном частном праве
 - 1.3. Лица, осуществляющие примирение (примиритель, посредник, медиатор)
 - 1.4. Проблемы правового регулирования примирения в российском праве
2. Понятие соглашения о примирительной процедуре
 - 2.1. Виды договоров в примирительной процедуре. Соотношение понятий "примирительная процедура" и "мировое соглашение"
 - 2.2. Основные условия соглашений о примирительной процедуре
 - 2.3. Заключение соглашения о примирительной процедуре и его динамика

Глава V. Мировое соглашение

1. Понятие и правовая квалификация мирового соглашения
 - 1.1. Соотношение понятий "мировая сделка" и "мировое соглашение"
 - 1.2. Проблемы правового регулирования
 - 1.3. Сущность мирового соглашения
 - 1.4. Характерные черты мирового соглашения
 - 1.5. Допустимость заключения мирового соглашения
2. Заключение мирового соглашения
 - 2.1. Субъекты мирового соглашения
 - 2.2. Предмет и объект мирового соглашения. Преобразовательные и подтверждающие условия
 - 2.3. Оформление мирового соглашения и утверждение его судом
3. Проблемы оспаривания мирового соглашения
 - 3.1. Возможность оспаривания мирового соглашения
 - 3.2. Лица, обладающие правом оспорить мировое соглашение
4. Динамика мирового соглашения
 - 4.1. Возможность изменения и расторжения мирового соглашения
 - 4.2. Проблема неисполнения мирового соглашения
 - 4.3. Толкование мирового соглашения для целей его исполнения