

Для адвокатов Истца отсутствие проработанности данных аспектов имело весьма конкретные отрицательные последствия.

Поскольку из \$ 1.200.000 США Суд присудил в пользу Истца лишь около \$ 2.000 США, оправданно считать, что юристы Международной юридической фирмы "ММЦП и К<sup>о</sup>" были вправе записать данное дело себе в актив как полностью выигранное.

Ю.Э. МОНАСТЫРСКИЙ,  
партнер Международной юридической фирмы "ММЦП и К<sup>о</sup>";  
А.И. МУРАНОВ,  
партнер этой же фирмы.

*Статья поступила в редакцию в январе 1999 г.*

## НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА РАСЧЕТНЫХ ФОРВАРДОВ

А.И. Муранов\*

Становление механизмов правового регулирования частноправовых отношений в современной России неизбежно связано с многочисленными сложностями. В частности, они могут проявляться в том, что новые правовые институты, ранее российскому праву не известные, но известные другим национальным системам права или международному торговому обороту, в российском праве подвергаются противоречивой оценке как в судебной практике, так и в доктрине. Внимательно взглянув на историю российского права в течение нескольких последних лет, можно заметить, что в нем периодически тот или иной нововводимый правовой институт вызывает достаточно острые дискуссии. Так было, например, с доверительной собственностью, а также с бездокументарными ценными бумагами, и с некоторыми другими институтами. Одним из последних таких институтов, вызвавшим диаметрально противоположное к себе отношение, являются расчетные (индексные) форварды, успевшие получить в практике российских банков значительное распространение.

Международная юридическая фирма "ММЦП и К<sup>о</sup>" неоднократно успешно консультировала своих клиентов по всем вопросам, связанным с этим интересным инструментом банковского дела, и выработала в его отношении некоторые подходы и рекомендации, которые могут представлять интерес с практической точки зрения.

В настоящей статье будет очень коротко обрисовано положение расчетных форвардов в современном российском праве и будет указано на способы, позволяющие добиваться принудительного исполнения обязательств из таких расчетных форвардов в России в условиях, когда как в российской судебной практике, так и в доктрине к ним нередко выражается негативное отношение. При этом следует помнить, что автор не ставит себе целью исследовать истинную природу

---

\*Старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ.

расчетных форвардов (хотя на его взгляд они являются допустимыми и законными сделками), а намеревается только кратко указать на те способы, которые могли бы помочь добиться принудительного исполнения обязательств из расчетных форвардов в России, причем независимо от того, рассматривать ли их как законные или как не подлежащие судебной защите.

Следует, правда, отметить, что в основе таких способов лежат некоторые институты российского международного частного права, а это означает, что воспользоваться ими в России можно далеко не во всех правоотношениях, связанных с расчетными форвардами, а только применительно к тем, в которых участвуют субъекты, связанные с иностранным правом (в частности, иностранные банки или российские банки с участием иностранного капитала)<sup>1</sup>.

Далее под расчетным форвардом будет пониматься комбинация двух обязательств — обязательства первого лица по отношению ко второму лицу купить/продать иностранную валюту за рубли в определенную дату в будущем (с зафиксированным сторонами на момент установления такого обязательства курсом иностранной валюты к рублю) и обязательства второго лица по отношению к первому лицу продать/купить ту же сумму иностранной валюты за рубли на дату исполнения первого обязательства, но уже по курсу, который не определен сторонами заранее, а который будет существовать на такую дату объективно помимо желания сторон (будет, например, зафиксирован на валютной бирже). При этом особенностью такого расчетного форварда является то, что реальное проведение валютнообменных операций для исполнения каждого из обязательств сторонами не предполагается изначально, но взамен этого стороны договариваются о том, что одна уплатит другой в рублях исключительно ту сумму, которая представляется собой разницу между стоимостью в рублях суммы иностранной валюты по первому обязательству (по курсу, зафиксированному сторонами изначально) и стоимостью в рублях суммы иностранной валюты по второму обязательству (по курсу, который будет существовать на определенную дату в будущем объективно)<sup>2</sup>.

Итак, расчетные форварды в российской праве вызывают далеко не однозначные оценки: от признания их в качестве полноценного института правового оборота до отрицания у них правовой силы и исковой защиты. При этом такая неоднозначность присутствует как в теории, так и в судебной практике<sup>3</sup>.

Так, в литературе Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов высказывались в пользу первого мнения<sup>4</sup>, а Е.А. Суханов — в пользу второго, полагая, что расчетный форвард является пари, которое в полном соответствии со статьей 1062 ГК РФ<sup>5</sup> не подлежит судебной защите<sup>6</sup>.

Мнения государственных арбитражных судов, рассматривавших споры из расчетных форвардов, также разделились. Так, Арбитражный суд г. Москвы неоднократно объявлял расчетные форварды не подлежащими судебной защите пари. Более того, иногда он квалифицировал расчетные форварды как притворные сделки, прикрывающие пари. Поддерживала его в этом и апелляция инстанция. Наконец, автору известен случай, когда Федеральный арбитражный суд Московского округа также отказал в удовлетворении требования из расчетного форварда, усмотрев в одном из его элементов даже злоупотребление правом (правда в основу такого постановления была положена логика института встречного исполнения обязательств, а не квалификация расчетного форварда как пари)<sup>7</sup>. Вместе с тем известны случаи, когда требования из расчетных форвардов Арбитражный суд г. Москвы удовлетворял. Более того, автор достоверно знает один случай, когда и Федеральный арбитражный суд Московского округа счел квалификацию расчетного форварда, как пари, неправильной и согласился с обоснованностью требования из него.

Следует также отметить, что третейские суды, рассматривающие споры из

расчетных форвардов (в частности, третейский суд при Межбанковском финансовом доме), относятся к расчетным форвардам как к законным сделкам и выносят решения против обязательной стороны. Однако автору известно немало случаев, когда Арбитражный суд г. Москвы неоднократно отказывал в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений таких третейских судов, находя, что защищаемые такими решениями требования основаны на пари и не подлежат судебной защите.

Ситуация осложняется еще и тем, что до сих пор официально не было опубликовано ни одного судебного решения по поводу расчетных форвардов, равно как не было опубликовано ни одного разъяснения или Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по данной проблеме. И хотя она рассматривалась на одном из совещаний в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации, какая-либо определенность в отношении расчетных форвардов отсутствует и сегодня (хотя имеются некоторые признаки того, что государственные арбитражные суды начинают в чем-то пересматривать свое отрицательное отношение к расчетным форвардам).

Что же касается нормативного регулирования расчетных форвардов в российском праве, то в нем имеется значительная неопределенность, выражающаяся в двух аспектах.

Во-первых, в российском праве отсутствует единое специальное нормативное регулирование в отношении расчетных форвардов, а имеются только разрозненные упоминания о них, причем в подзаконных актах (преимущественно в документах ЦБ РФ), которые не столько устанавливают законность и допустимость такого инструмента, сколько исходят из того, что он используется в действительности. В реалиях континентальной системы права, базирующейся на нормах письменного законодательства, данный фактор весьма негативно влияет на правовой статус расчетных форвардов.

Во-вторых, в российском нормативном регулировании, характеризующемся большой теоретичностью, абстрактностью и неосвоенностью судебной практики, присутствуют различные общие нормы, которые можно путем определенного толкования интерпретировать таким образом, что расчетный форвард необходимо будет квалифицировать как допустимый и законный правовой институт. В то же время в российском праве присутствуют и другие общие нормы, которые в свою очередь можно путем соответствующего толкования интерпретировать уже другим образом так, что расчетный форвард окажется пари, не подлежащим правовой защите. Соответственно, сторонники отрицательного отношения к расчетным форвардам указывают, что те отдельные нормы, в которых о данном инструменте упоминается, противоречат таким упомянутым общим нормам.

Все вышеизложенное позволяет прийти к выводу о том, что на сегодняшний день кредитору по расчетному форварду добиться от должника принудительного исполнения такого расчетного форварда при помощи государственных арбитражных судов скорее всего будет несколько проблематично.

Равным образом можно утверждать, что кредитору будет достаточно проблематично добиться такого принудительного исполнения при помощи третейских судов, разрешающих споры, возникающие во внутрисудейском правовом обороте. Дело в том, что согласно российскому процессуальному праву даже такой третейский суд и вынесет решение в пользу кредитора по расчетному форварду, принудительное приведение в исполнение такого решения может быть осуществлено только путем обращения за исполнительным листом в компетентный государственный арбитражный суд<sup>8</sup>. Между тем, если при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа будет установлено, что решение третейского суда не соответствует российскому законодательству, государствен-

ный арбитражный суд будет обязан возвратить дело на новое рассмотрение в тот же самый третейский суд<sup>9</sup>.

Соответственно, для должника может не составить труда, опираясь на практику некоторых государственных арбитражных судов, доказать, что решение такого третейского суда об удовлетворении иска кредитора по расчетному форварду не соответствует российскому законодательству.

Однако если обратиться к международному частному праву, то в нем можно обнаружить некоторые институты, позволяющие во многом нейтрализовать отрицательный подход к расчетным форвардам как к сделкам либо незаконным, либо не пользующимся судебной защитой. Еще раз следует подчеркнуть, что такие институты ввиду их особой специфики применимы далеко не ко всем правоотношениям по расчетным форвардам, а могут быть использованы только в тех правоотношениях, в которых участвуют субъекты, связанные с иностранным правом.

Первый из таких институтов, ярко представленный в современном международном частном праве — институт неограниченной “автономии воли”, суть которого состоит в том, что стороны договора вправе обусловить применение к такому их договору не российского, а иностранного права, причем любого государства, даже и не связанного с договором. Соответственно, если стороны в расчетном форварде изначально подчинят свои отношения регулированию иностранного права какого-либо государства, в котором расчетные форварды рассматриваются как полностью законные и подлежащие судебной защите, то в случае спора у государственного арбитражного суда не будет оснований применять российское право и квалифицировать расчетный форвард как пари: в соответствии с волеизъявлением сторон, основанным на закрепленном в разделе VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (продолжающих применяться в России) институте неограниченной “автономии воли”, и согласно пункту 5 статьи 11 АПК РФ<sup>10</sup> государственный арбитражный суд будет обязан применить иностранное право, указанное сторонами, и защитить требования кредитора. Однако сказанное в данном абзаце должно применяться с рядом оговорок.

Во-первых, представляется, что институт неограниченной “автономии воли” может использоваться сторонами правоотношения только если: 1) расчетный форвард является внешнеэкономической сделкой; 2) даже если расчетный форвард и не является внешнеэкономической сделкой, но в нем участвует субъект иностранного права или субъект российского права с иностранными инвестициями.

Что касается расчетного форварда как внешнеэкономической сделки, то возможность выбора сторонами иностранного права будет основываться в таком случае на норме пункта 1 статьи 166 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.: *“Права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения”*<sup>11</sup>. И хотя в российском праве нет определения понятия “внешнеэкономическая сделка”, представляется, что для установления его содержания в основу может быть положен подход, выраженный в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 3846/97 от 23 июня 1998 г.<sup>12</sup>, согласно которому сделка относится к внешнеэкономической, если она отвечает требованиям, предъявляемым к сделкам такого рода Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (действующей и для России). Между тем в статье 1 этой Конвенции используется критерий местонахождения коммерческих предприятий сторон в различных государствах. Соответственно, и в рассматриваемом случае с расчетным форвардом коммерческие предприятия его сторон должны находиться

в различных государствах: в таком случае расчетный форвард будет признан внешнеэкономической сделкой, и у сторон по нему будет возможность воспользоваться правилом о неограниченной "автономии воли".

Что же касается той ситуации, когда расчетный форвард не является внешнеэкономической сделкой, но в нем участвует субъект иностранного права или субъект российского права с иностранными инвестициями, то возможность выбора сторонами иностранного права основывается на норме пункта 2 статьи 165 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.: *"Права и обязанности сторон по сделке определяются по праву места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон"*. И хотя в данной норме ничего не говорится о том, что стороной в сделке обязательно должен быть субъект иностранного права или субъект российского права с иностранными инвестициями, тем не менее представляется, что было бы нецелесообразно толковать данную норму как устанавливающую возможность для сторон сделки, являющихся российскими субъектами права и никак не связанными с иностранным правом, обуславливать применение иностранного права. Дело в том, что согласно основополагающим началам любой системы международного частного права возможность применения иностранного права к правоотношению появляется только в случае наличия в таком правоотношении так называемого иностранного элемента в той или иной форме. Представляется, что применительно к расчетным форвардам таким иностранным элементом должно быть участие в расчетном форварде либо субъекта иностранного права, либо по меньшей мере субъекта российского права с иностранными инвестициями. Впрочем, с формально-логической стороны нельзя отрицать возможности и такого толкования, при котором согласно пункту 2 статьи 165 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. обусловить применение к расчетному форварду могут и субъекты только российского права, никак с иностранным правом не связанные<sup>13</sup>.

Во-вторых, следует учитывать проблему, порождаемую таким очень сложным институтом международного частного права, как "конфликт квалификаций". Дело в том, что нормы раздела VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. о возможности выбора сторонами сделки иностранного права могут быть применены только в том случае, если расчетный форвард рассматривать именно как сделку. Между тем, российский правоприменительный орган, исходя из толкования понятия "сделка" по российскому праву, может решить, что понятие "сделка", содержащееся в разделе VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. на расчетный форвард не распространяется (поскольку, например, является другим правовым институтом), и, соответственно, может отказаться применять правило о неограниченной "автономии воли" сторон. Однако представляется, что вероятность такого варианта крайне мала: расчетный форвард не может не являться сделкой, даже если считать его пари. В частности, следует отметить, что по меньшей мере очень часто в комментариях к ГК РФ понятие "пари" рассматривается именно через призму понятия "сделка".

В-третьих, необходимо учитывать и проблему установления содержания иностранного права: правоприменительный орган может применить иностранное право, только если ему точно известно его содержание. Между тем установить такое содержание в условиях современной России и убедить судью в правильности такого содержания может быть очень нелегко.

В-четвертых, следует помнить о том, что в скором времени в России может быть принята третья часть ГК РФ, которая будет содержать в том числе и нормы международного частного права (соответственно, после ее принятия раздел VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. утратит силу). И хотя в проекте третьей части ГК РФ принцип неограниченной "автоно-

мии воли” сторон продолжает оставаться одной из основ коллизийного регулирования в отношении сделок, он тем не менее подвергается в нем некоторым ограничениям.

В-пятых, следует исходить из опасности того, что выбор сторонами для регулирования их отношений иностранного права может быть объявлен “обходом” российского права. Проблема “обхода закона” в международном частном праве является очень сложной и требует специального рассмотрения.<sup>14</sup>

Сейчас же можно кратко сказать, что в условиях допущения российским правом принципа неограниченной “автономии воли” говорить о том, что при помощи этого самого института российское право может быть обойдено, — абсурдно.

Существует и второй вполне реальный способ нейтрализовать те негативные для кредиторов по расчетным форвардам последствия, которые вытекают из неоднозначного статуса этого института в российском праве. Речь идет об использовании кредитором обращения не в российский государственный арбитражный суд и не в третейский суд на территории России, разрешающий споры между участниками внутрисоссийского правового оборота, а в международный коммерческий арбитраж (третейский суд, разрешающий споры в сфере международного торгового оборота).

В настоящее время в России действует закон 1993 г. “О международном коммерческом арбитраже”<sup>15</sup>, основанный на типовом закона ЮНСИТРАЛ, которым процедура разрешения споров международным коммерческим арбитражем и принудительного исполнения его решений в России регламентирована весьма подробно. Согласно этому закону, под международным коммерческим арбитражем понимается как третейский суд *ad hoc* (к случаю — *лат.*), так и постоянно действующий третейский суд (например, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате России), причем как в России, так и за рубежом.

Однако при этом опять-таки очень важно сделать следующую существенную оговорку: согласно пункту 2 статьи 1 закона “О международном коммерческом арбитраже” в международный коммерческий арбитраж спор может передаваться только с согласия всех участвующих в нем сторон, и, кроме того, спор должен быть: а) спором из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей; или б) спором предприятий с иностранными инвесторами и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, спором между их участниками, а равно их спором с другими субъектами права России.

Соответственно, договариваться о передаче любых могущих возникнуть споров из расчетного форварда в какой-либо конкретный международный коммерческий арбитраж лучше заранее. Кроме того, как следует из сказанного в предыдущем абзаце, не каждый спор из расчетного форварда может быть передан в международный коммерческий арбитраж: для этого в споре необходимо наличие субъекта, каким-либо образом связанного с иностранным правом. Что же касается такого требования, как то, что спор должен быть связан с договорным и другими гражданско-правовыми отношениями, возникающими при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, то не подлежит сомнению, что при условии нахождения коммерческого предприятия хотя бы одной из сторон расчетного форварда за границей, расчетный форвард будет являться договорным или другим гражданско-правовым отношением, возникающим при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей.

В качестве следующего очень важного аспекта следует отметить, что в российском праве правовое положение международного коммерческого арбитража характеризуется тремя важными особенностями.

Во-первых, арбитры имеют право применять для разрешения спора то право, которое выберут стороны спора. В том случае, если стороны такой выбор права не осуществили, применимое право определяется арбитрами по собственному усмотрению без каких-либо ограничений. Тем самым появляется возможность избежать применения к спору российского права, в котором статус расчетных форвардов является на сегодняшний день спорным. Несложно также заметить, что в данном случае имеется пересечение с тем первым способом, который был указан выше.

Во-вторых, решение международного коммерческого арбитража может быть отменено, только если арбитраж имел место на территории России. В том случае, если он имел место за пределами России, его решение отменено в России быть не может, но зато может быть отказано в приведении этого решения в исполнение. При этом и основания для отмены, и основания для отказа в приведении в исполнение совпадают.

Однако более существенно другое: согласно действующему в России законодательству<sup>16</sup>, решения международного коммерческого арбитража приводятся в России в принудительное исполнение на основании судебного акта не государственного арбитражного суда, а суда общей юрисдикции. Правда, следует отметить, что этот вопрос применительно к международному коммерческому арбитражу, имевшему место на территории России, из-за существующих в законодательстве пробелов не совсем однозначен. Кроме того, сегодня со стороны государственных арбитражных судов наблюдается стремление получить в свою компетенцию право решения вопроса о приведении в исполнение решений любых международных коммерческих арбитражей. Тем не менее, исходя из действующего законодательства и ныне существующих реалий, следует считать, что компетенцией решать вопрос о принудительном исполнении решений любых международных коммерческих арбитражей обладают суды общей юрисдикции<sup>17</sup>.

Между тем, поскольку коммерческие споры из ведения государственных судов общей юрисдикции изъяты, они не могли выработать отрицательного отношения к расчетным форвардам подобно тому, как это сделали государственные арбитражные суды. Поэтому существует возможность того, что государственные суды общей юрисдикции не будут разделять позицию государственных арбитражных судов в отношении допущения принудительного исполнения третейских решений в пользу кредиторов по расчетным форвардам.

В-третьих, решения международного коммерческого арбитража, в отличие от решений российских третейских судов, разрешающих споры только между участниками внутрироссийского правового оборота, не подлежат проверке по существу. Согласно статьям 34 и 36 закона "О международном коммерческом арбитраже" отмена решения международного коммерческого арбитража или отказ в приведении такого решения в исполнение может иметь место только в следующих случаях:

А) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду общей юрисдикции доказательства того, что:

одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна, или

это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено; или

сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом

уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или в отсутствие такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или

решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено; либо

Б) если государственный суд общей юрисдикции найдет, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону России; или

признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку России.

Указанные основания носят исчерпывающий характер и ни в коем случае не подлежат расширительному толкованию<sup>18</sup>.

Изучавшаяся автором практика судов общей юрисдикции, занимающихся решением вопросов о допущении приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража, свидетельствует о том, что они исходят именно из такого подхода и не рассматривают в качестве возражений против решения международного коммерческого арбитража ссылки на то, что при вынесении такого решения было применено не то национальное право, что какое-либо материальное право было применено неправильно или что спор был неправильно разрешен по существу. В доказательство этого можно, в частности, привести пункт 14 одного из обзоров судебной практики Верховного Суда РФ "Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам": "Как видно из содержания ст. 34 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 г. "О международном коммерческом арбитраже", основаниями к оспариванию в суде общей юрисдикции арбитражного решения являются нарушения процессуального порядка возбуждения и проведения коммерческого арбитража, а также противоречие арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации ...

Таким образом, в протесте оспаривалась законность и обоснованность арбитражного решения от 22 мая 1994 г., правильность применения Международным коммерческим арбитражным судом норм материального права и допущенные этим судом нарушения процессуального характера и то, что выводы арбитражного суда не подтверждены доказательствами.

Между тем названные мотивы не могут служить основанием к оспариванию в суде общей юрисдикции арбитражного решения. Перечень оснований такого оспаривания, установленный в ст. 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже", — исчерпывающий и не подлежит расширительному толкованию<sup>19</sup>.

Соответственно, что правильно проведенной процедуре международного коммерческого арбитража (учитывая то, что спор в отношении расчетных форматов вполне может быть рассмотрен международными коммерческим арбитражем как третейским судом, поскольку не подпадает под исключительную юрисдикцию российских государственных судов) единственным для должника по

расчетному форварду способом отменить решение международного коммерческого арбитража или добиться отказа в приведении его в исполнение в России может являться только ссылка на то, что такое решение противоречит публичному порядку России. Не вдаваясь в подробное рассмотрение крайне сложного и запутанного (тем более в российских реалиях) вопроса о публичном порядке<sup>20</sup>, автор полагает, что приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража, удовлетворяющего требования кредитора по расчетному форварду, не приведет к противоречию публичному порядку России или нарушению его. В обоснование этого можно привести, в частности, следующие соображения.

Публичный порядок согласно принятым в международном частном праве подходам следует упрощенно определить “устой, основы нравственности и правопорядка”<sup>21</sup>. Соответственно, нарушение публичного порядка может иметь место только в том случае, если присутствует именно нарушение основ нравственности или нарушение основ правопорядка. Между тем, если с основами нравственности все относительно ясно, то категория “основы правопорядка” как синоним понятия “публичный порядок”, требует некоторых пояснений. Все дело в том, что основы правопорядка и сам публичный порядок ни в коем случае нельзя представлять абстрактно, в виде неких важных принципов, оторванных от конкретных норм права. Напротив, публичный порядок и основы правопорядка не могут не находить выражение в конкретных правовых нормах, как раз и служащих единичными их проявлениями<sup>22</sup>. *“Варейль-Соммьер и Кан почти в одно время показали..., что публичный порядок и впрямь не может быть ничем иным, как тем, что все разумеют под правопорядком. ... публичный порядок есть не что иное, как воля самого законодателя ... ; законодатель, а не судья, решает, что нужно для общего блага ... ; ... судья должен справляться не со своими представлениями об общем благе, а с волею законодателя. Обыкновенно он так и делает и тем самым исполняет не то, что велит некий специфический и таинственный публичный порядок, а просто то, что предписывает закон или правопорядок”*<sup>23</sup>. Соответственно, можно утверждать, что когда упоминается нарушение основ правопорядка (нарушение публичного порядка), речь должна прежде всего идти о нарушении конкретных норм, воплощающих или защищающих такие основы правопорядка и только затем о нарушении неких общих основополагающих принципов жизнедеятельности общества, в конкретных нормах не выраженных.

Между тем в случае с расчетными форвардами, даже если их квалифицировать как пари, никакого нарушения действующих конкретных норм российского права не происходит: российское право не запрещает использование расчетных форвардов, а лишь лишает судебной защиты требования, основанные на расчетных форвардах, причем лишает по общему правилу такой защиты не одну сторону, а все стороны<sup>24</sup>. Более того, есть все основания утверждать, что даже если расчетный форвард квалифицировать как пари, то он будет являться не чем иным, как натуральным обязательством, ввиду чего согласно российскому праву в случае добровольной уплаты должником по расчетному форварду суммы своей задолженности последний лишается права истребовать уплаченное от кредитора<sup>25</sup>. Таким образом, даже если расчетные форварды квалифицировать как пари, то можно утверждать, что российское право их не запрещает, а просто относится к ним индифферентно. Соответственно, не может нарушать публичный порядок то, что не нарушает конкретные нормы ввиду того, что их нет по причине равнодушия права к наличию или отсутствию таких норм. Иными словами, не может нарушать публичный порядок то, к чему право относится равнодушно.

Равным образом никак нельзя утверждать, что принудительное исполнение расчетного форварда, даже если квалифицировать его как пари, будет нарушать некие общие основополагающие принципы жизнедеятельности российского об-

щества, в конкретных нормах не выраженные. Перефразируя слова М.И. Бруна<sup>26</sup>, спросим применительно к этому вопросу: так неужели же основы российского правопорядка и фундамент, на котором зиждется государство и общество, пошатнутся, если в России будет разрешено привести в исполнение решение международного коммерческого арбитража, вынесенное на основании расчетного форварда между предпринимателями, вся деятельность которых и состоит в получении прибыли на свой страх и риск?

Что же касается возможности нарушения основ нравственности в случае с расчетными форвардами, даже если их квалифицировать как пари, то ни о каком подобном нарушении говорить невозможно просто уже потому, что нарушение основ нравственности при пари возможно, только если им преследуется аморальная цель, либо если в нем существовал, например, обман одной стороной другой (либо угроза, насилие или злонамеренное соглашение в отношении одной из сторон). Однако извлечение прибыли в рыночной экономике аморальным быть не может, равно как нельзя говорить и об обмане (либо угрозе, насилие или злонамеренном соглашении в отношении одной из сторон): должником по расчетному форварду является не кто иной как предприниматель, причем как правило профессиональный участник соответствующего рынка, который очень хорошо знал о том, на что он шел при заключении расчетного форварда.

Соответственно, исполнение расчетных форвардов и исполнение решений международного коммерческого арбитража против должника по расчетному форварду, даже если последний и рассматривать как пари, не может нарушать публичный порядок России.

Кроме того, следует учитывать то, что решение международного коммерческого арбитража может быть вынесено по такому спору или между такими сторонами, на которые распространяются международные соглашения России. Между тем в ряде таких международных соглашений может устанавливаться упрощенный порядок исполнения решений международного коммерческого арбитража в России или может устанавливаться еще более узкий перечень оснований для отказа в приведении их в исполнение.

Таким образом, использование для разрешения споров из расчетных форвардов такого весьма специфического института как международный коммерческий арбитраж вполне может являться средством решения тех проблем, которые возникают ввиду неоднозначности правового статуса расчетных форвардов в российском праве.

И в заключение можно отметить еще один неординарный способ решения проблемы принудительного исполнения расчетных форвардов. Как уже говорилось, отрицательное отношение к ним сложилось в практике государственных арбитражных судов. Между тем внимательный анализ российского права показывает, что в России существует еще одна система судов, согласно ныне действующему законодательству обладающих компетенцией рассматривать коммерческие споры: система судов общей юрисдикции. Однако такая конкурирующая юрисдикция между государственными арбитражными судами и судами общей юрисдикции существует только в отношении коммерческих споров с участием иностранных лиц, тогда как в отношении коммерческих споров с участием только субъектов российского права правомочия двух судебных систем разграничены и практически не пересекаются. Не следует считать, что принятие в 1995 г. нового АПК РФ, согласно которому государственные арбитражные суды получили право рассматривать споры с участием иностранных лиц, лишило такой же компетенции суды общей юрисдикции: пока еще никто положения ГПК РСФСР 1964 г. о наличии у судов общей юрисдикции такой компетенции не отменял, и равным образом две системы судов о разграничении такой компетенции между собой не договорились.

Следует также отметить, что Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 18 августа 1992 г. № 12/12 "О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам"<sup>27</sup> до сих пор действует в неизменном виде, а согласно ему суды общей юрисдикции имеют право рассматривать коммерческие споры с участием иностранных лиц. В связи с этим неудивительно, что в своем определении от 28 октября 1996 г. Судебная коллегия Верховного Суда РФ указала: *"Нельзя согласиться с доводами жалобы о том, что данная категория споров подведомственна лишь арбитражному суду Действительно, согласно п. 6 ст. 22 Арбитражного процессуального кодекса РФ, арбитражный суд рассматривает подведомственные ему дела с участием организаций и граждан Российской Федерации, а также иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Однако в соответствии со ст. 25 ГПК РСФСР споры с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных предприятий и организаций подведомственны также и судам общей юрисдикции. Поэтому споры с участием иностранных предприятий и организаций могут рассматривать как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах"*<sup>28</sup>.

Само собой разумеется, что подобное положение дел является не совсем удовлетворительным. Однако до тех пор, пока компетенция в указанной сфере между двумя судебными системами не будет тем или иным образом разграничена, иностранные лица имеют право обращаться для разрешения споров в том числе и в суды общей юрисдикции. Соответственно, не исключены ситуации (хотя это и маловероятно, принимая во внимание специфику работы судов общей юрисдикции), в которых российские суды общей юрисдикции не будут высказывать отрицательное отношение к расчетным форвардам с участием иностранного лица и будут удовлетворять основанные на таких форвардах требования<sup>29</sup>.

---

<sup>1</sup> В дальнейшем, однако, автор будет исходить из того, что участвовать в расчетных форвардах могут не только банки, но и другие субъекты, которым это разрешается действующим законодательством России.

<sup>2</sup> Данное определение дано на основе определения ЦБ РФ, приведенного в пункте 18 Письма ЦБ РФ от 3 февраля 1997 г. № 404 "О вопросах применения Инструкции Банка России от 22 мая 1996 № 41" ("Вестник Банка России", № 8 от 10 февраля 1997 г.).

<sup>3</sup> Не имея возможности провести анализ всех нюансов различных подходов (который мог бы составить тему для совершенно самостоятельной большой работы), автор лишь кратко укажет на принципиальные моменты отличающихся друг от друга позиций.

<sup>4</sup> Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. "Расчетный форвардный контракт: теория и практика". — "Законодательство", 1998, № 10, с. 10—16.

<sup>5</sup> "Требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией мер и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари, а также требований, указанных в пункте 5 статьи 1063 настоящего Кодекса". В пункте 5 статьи 1063 ГК РФ говорится о требованиях из игр, проводимых на основании полученной лицензии.

<sup>6</sup> Суханов Е.А. "О судебной защите форвардных контрактов. О статье Е.П. Губина и А.Е. Шерстобитова "Расчетный форвардный контракт: теория и практика". — "Законодательство", 1998, № 11, с. 13—14.

<sup>7</sup> Смотри журналистские отчеты о судебной практике в газете "Коммерсант-Daily" (1996, №№ 22, 83).

<sup>8</sup> Статья 25 "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров" (утверждено Постановлением ВС РФ от 24 июня 1992 года № 3115-1 ("Российская газета" от 29 июля 1992 г.; "Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации" от 30 июля 1992 г., № 30, ст. 1790) в редакции Федерального закона от 16 ноября 1997 г. № 144-ФЗ ("Российская газета" от 22 ноября 1997 г., "Собрание законодательства Российской Федерации" от 24 ноября 1997 г., № 47, ст. 5341).

<sup>9</sup> Статья 26 "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров"

<sup>10</sup> "Арбитражный суд в соответствии с законом или международным договором Российской Федерации применяет нормы права других государств".

<sup>11</sup> Весьма существенно то, что выбор применимого права может быть осуществлен впоследствии.

<sup>12</sup> "Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации", 1998, № 9.

<sup>13</sup> Кроме того, на основании пункта 2 статьи 165 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. можно утверждать, что если стороны расчетного форварда примут на себя обязательства на территории иностранного государства, то применимым к такому расчетному форварду должно быть право такого иностранного государства. Однако рассмотрение данного нюанса и всех связанных с ним последствий в цели настоящей работы не входит.

<sup>14</sup> Автор настоящей статьи уже обращался к ней на страницах данного журнала: см. "Московский журнал международного права", 1997 г., № 3.

<sup>15</sup> "Российская газета" от 14 августа 1993 г.; "Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации" от 12 августа 1993 г., № 32, ст. 1240.

<sup>16</sup> В частности, согласно Указу Президиума ВС СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-XI "О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей" ("Ведомости Верховного Совета СССР" от 29 июня 1988, № 26, ст. 427) и ГПК РСФСР 1964 г.

<sup>17</sup> Однако не следует забывать о следующем нюансе: статья 1 "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров" предусматривает, что *"Если иное не установлено соглашением сторон, настоящее Положение не применяется, когда хотя бы одна из сторон находится на территории другого государства либо является предприятием, организацией с иностранными инвестициями"* (выделение мое. — А.М.). Соответственно, лицам, не желающим даже возникновения постановки вопроса о необходимости обращаться за принудительным исполнением решения международного коммерческого арбитража в российский государственный арбитражный суд, никогда не следует обуславливать применение "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров".

Кроме того, этого не следует им делать также и ввиду того, что статья 26 "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров" предусматривает, что если при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа будет установлено, что решение третейского суда не соответствует российскому законодательству, государственный арбитражный суд будет обязан возвратить дело на новое рассмотрение в тот же самый третейский суд. И хотя вполне очевидно, что "Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров" должно действовать в части, не противоречащей закону "О международном коммерческом арбитраже", ввиду таких противоречий

в законодательстве для сторон расчетного форварда не являлось бы целесообразным упоминать в своих соглашениях о возможности применения “Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров”. В противном случае недобросовестная сторона может потребовать от кредитора обращения за исполнительным листом в государственный арбитражный суд, в котором затем на основании статьи 26 “Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров” может заявить о том, что решение международного коммерческого арбитража не соответствует российскому законодательству и может потребовать направления решения на новое рассмотрение в тот же международный коммерческий арбитраж.

<sup>18</sup> При этом следует помнить о нюансе, указанном во втором абзаце предыдущей сноски.

<sup>19</sup> “Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации”, 1998, № 9.

<sup>20</sup> Интересующимся этой категорией можно рекомендовать обратиться к работе М.И. Бруна “Публичный порядок в международном частном праве” (Петроград, 1916), а также в частности, к статье “Проблема порядка подписания внешнеэкономических сделок и публичный порядок Российской Федерации (по материалам одного из решений Верховного Суда России)”, написанной автором настоящей работы и опубликованной в “Московском журнале международного права”, 1998, № 3.

<sup>21</sup> Понятие основы “правопорядка и нравственности”, используемое статьей 169 ГК РФ, следует рассматривать как прямой аналог во внутреннем обороте понятия “публичный порядок”, существующего в международном гражданском и торговом обороте.

<sup>22</sup> В качестве иллюстрации к сказанному можно привести следующую норму: *“Подразумевается, что знак не может рассматриваться как противоречащий публичному порядку по той единственной причине, что он не соответствует какому-либо положению законодательства о знаках, за исключением случая, когда само это положение касается публичного порядка”* (подпункт 3 пункта В статьи 6-quinquies Конвенции по охране промышленной собственности (Париж, 1883 г.) (по состоянию на 14 июля 1967 г.).

<sup>23</sup> Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. — Петроград, 1916, с. 73—74.

<sup>24</sup> *“Требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари, а также требований, указанных в пункте 5 статьи 1063 настоящего Кодекса”*. В пункте 5 статьи 1063 ГК РФ говорится о требованиях из игр, проводимых на основании полученной лицензии.

<sup>25</sup> Статья 1109 ГК РФ устанавливает: *“Не подлежат возврату в качестве неосновательного обогащения:*

1) имущество, переданное во исполнение обязательства до наступления срока исполнения, если обязательством не предусмотрено иное;

2) имущество, переданное во исполнение обязательства по истечении срока исковой давности;

3) заработная плата и приравненные к ней платежи, пенсии, пособия, стипендии, возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, алименты и иные денежные суммы, предоставленные гражданину в качестве средства к существованию, при отсутствии недобросовестности с его стороны и счетной ошибки;

4) денежные суммы и иное имущество, предоставленные во исполнение несуществующего обязательства, если приобретатель докажет, что лицо, требующее

*возврата имущества, знало об отсутствии обязательства либо предоставило имущество в целях благотворительности"* (выделено мною — А.М.).

<sup>26</sup> Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. — Петроград, 1916, с. 29.

<sup>27</sup> "Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации", 1992, № 11. — С. 2.

<sup>28</sup> "Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации", 1997, № 7. — С. 1.

<sup>29</sup> Но не стоит забывать, что обращение в суды общей юрисдикции и разбирательство дел в них может быть связано с некоторыми сложностями, обусловленными спецификой таких судов.

*Статья поступила в редакцию в январе 1999 г.*

---

## МОСКОВСКИЙ ЖУРНАЛ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

ЛР № 010170 от 7 октября 1997 г.

Подписано в печать 19.03.99. Формат 60 × 88 1/16.

Бумага офсетная. Гарнитура "Таймс". Печать офсетная.

Усл.печл. 23,5. Уч.-издл. 24,56.

Тираж плавающий, Изд. № 2—МЖМП/99. Зак. № 131. Цена договорная

---

Отпечатано с оригинал-макета издательства "Международные отношения"  
в типографии ГФ "Полиграфресурсы"  
101429, Москва, ул. Петровка, 26