

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Применение международным коммерческим арбитражем российского материального права: невозможность ссылки на нарушение публичного порядка России?

Муранов А.И.*

Вряд ли следует подвергать сомнению то, что среди всех вопросов, связанных с отменой и приведением в исполнение в России решений международного коммерческого арбитража, самым сложным является вопрос о публичном порядке Российской Федерации¹. Поскольку

* Муранов Александр Игоревич – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России (www.murapov.ru).

1 Пункт 2 статьи 34 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже” от 7 июля 1993 г. № 5338-1 (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1993. – № 32. – Ст. 1240) предусматривает: “Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в пункте 2 статьи 6, лишь в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что:

одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7 была в какой-то мере недееспособна, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону Российской Федерации; или

она 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

“К сожалению, ... до сих пор сохраняется немало трудностей в понимании пределов применения понятия публичного порядка”², любые попытки выявить возникающие при этом ошибки заслуживают всяческого внимания и поддержки, тем более учитывая то, что современные отечественные международное частное право и международный гражданский процесс столкнулись с очень непростой задачей переосмысления многих устоявшихся в них принципов и подходов.

Еще двенадцать лет назад случаи использования категории “публичный порядок” в практике российских судов являлись единичными, если вообще имели место. Соответственно, сегодня такая практика только начала формироваться.

При этом правила отмены и приведения в исполнение³ в России решений международного коммерческого арбитража оставляют для лиц, против которых они вынесены, весьма незначительное пространство “для маневров”, преследующих цель добиться отмены решений или отказа в приведении их в исполнение. Основания для этих отмены или отказа связаны преимущественно с теми нарушениями процессуального характера, которые могли иметь место в ходе арбитражного разбирательства. А поскольку очевидно, что арбитры стремятся подобных нарушений не допускать, то единственным шансом добиться отмены решения международного коммерческого арбитража или от-

тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступить, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону, либо

2) суд определит, что:

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

арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации (выделено жирным шрифтом авт.). Статья 36 данного Закона содержит аналогичные положения.

2 Карабельников Б.Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. – М.: Юридический дом “Юстицинформ”, 2001. – С. 209.

3 Хотя статья 36 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже” оперирует понятием “признание или приведение в исполнение”, далее для большего удобства будет говориться только о приведении решения в исполнение.

каза в приведении его в исполнение остается ссылка на противоречие решения или его приведения в исполнение публичному порядку России (для целей настоящей статьи такое основание отказа, как неарбитрабельность объекта спора приниматься во внимание не будет).

Соответственно, зачастую должники не могут не пытаться истолковать категорию “противоречие публичному порядку” чрезмерно широко, прилагая к этому немалые старания и используя всевозможные юридические ухищрения. Подобная позиция нередко находит поддержку у судов, причем не только в первой инстанции, так что в итоге данная категория нередко получает либо причудливое, либо ошибочное истолкование.

Частично это объясняется тем, что немалое количество российских судей обладают недостаточно высокой квалификацией в сфере международного частного права и международного гражданского процесса. В советское время рассмотрение судами общей юрисдикции вопросов приведения в исполнение решений иностранных судов и арбитражей было явлением очень редким. И хотя в течение последних десяти лет оно перестало быть таковым, этого времени еще недостаточно для того, чтобы ситуация изменилась радикально. Ныне же существующая система государственных арбитражных судов создана на основе советского государственного арбитража, который являлся частью исполнительной власти в СССР и специализировался на разрешении споров только между советскими организациями, никогда не имея возможности рассматривать вопросы международного гражданского и торгового оборота. В связи с этим неудивительно то, что вплоть до 1995 г., когда был принят второй АПК РФ, государственные арбитражные суды не обладали компетенцией рассматривать споры с участием иностранных лиц. К сегодняшнему дню государственные арбитражные суды имеют уже восьмилетний опыт разрешения споров с участием иностранных лиц, однако с момента наделения их компетенцией рассматривать вопросы приведения в исполнение решений иностранных судов и международных коммерческих арбитражей прошло чуть более полугода.

Ввиду этого одним из важнейших аспектов установления надлежащего содержания категории “противоречие публичному порядку” является определение тех пределов, в которых эта категория может применяться. Проявляющаяся в судебной практике России тенденция состоит в максимально расширительном ее толковании должниками

(иначе, с практической точки зрения, не может и быть, хотя их позиция меняется на противоположную в том случае, если иное решение выносится в их пользу) и в менее расширительной ее интерпретации судами, вынужденными сдерживать фантазию должников. Тем не менее, отечественные суды в силу целого ряда причин также нередко тяготеют к широкому ее пониманию, руководствуясь, возможно, принципом *“В сомнительных случаях всегда предпочтительнее свободное толкование”*. Впрочем, существует, пожалуй, совсем немного государств, где в какой-либо период новейшего времени в той или иной мере не звучали бы упреки судам в чрезмерно широком понимании данной категории и не приводились бы указания на *“беспринципность в этом вопросе многих ... решений, невозможность свести решения к каким-либо общим началам, ... склонность ... суда прибегать к этой оговорке взамен надлежащего юридического анализа (“интеллектуальная лень” некоторых судей)”*⁴.

При этом вряд ли можно ошибиться, если утверждать, что суды, рассматривающие вопросы отмены или приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража по первой инстанции, используют расширительное толкование такой категории чаще, нежели вышестоящие инстанции. Последние вынуждены нередко исправлять “перегибы на местах”, становясь тем самым сдерживающей силой на пути неоправданной экспансии категории “противоречие публичному порядку”, всячески поощряемой должниками (нередко недобросовестно). В частности, такие инстанции не могут не прислушиваться к голосу доктрины, всегда настаивавшей на максимально ограниченном понимании данной категории: *“... для юристов-догматиков остается в полной силе обязанность путем интерпретации понятия “публичный порядок” в писаном законе обламывать острие у оружия, пользуясь которым можно устранить действие любого иностранного закона или, иначе говоря, нарушить любое благоприобретенное субъективное право”*⁵. И хотя сталкивающиеся на практике с проблемами публичного порядка судьи в чем-то вполне справедливо могли бы скептически отозваться об оторванных от жизни научных построениях, поиск баланса между такими реалиями практики и тре-

⁴ Луц Л.А. Международное частное право. Общая часть. Издание третье, дополненное. – М.: Юридическая литература, 1973. – С. 317.

⁵ Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. – Петроград, 1916. – С. 87 – 88.

бованиями теории, тем не менее, необходим, и вменяться в обязанность он должен, прежде всего, именно высшим судебным органам России: Верховному Суду РФ и Высшему Арбитражному Суду РФ.

Однако до 7 августа 2002 г.⁶ такую обязанность нес исключительно Верховный Суд РФ в лице Судебной коллегии по гражданским делам и Президиума. Вопросам публичного порядка применительно к отмене решений международного коммерческого арбитража и их приведению в исполнение ими было уделено немалое внимание, что свидетельствует, впрочем, не столько об их практической актуальности, сколько об ошибках, допускаемых при их решении нижестоящими судами. И один из рассмотренных Верховным Судом РФ важных вопросов касается именно пределов, в которых допустимо применение категории “противоречие публичному порядку”.

И здесь обнаруживается крайне любопытная вещь: Верховный Суд РФ не просто указал на необходимость ограничительного толкования данной категории, но и предложил исключить возможность ее применения в отношении целого ряда решений международного коммерческого арбитража.

Так, в определении от 25 сентября 1998 г. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указала: *“При рассмотрении дела городской суд признал, что решение МКАС при ТПП РФ противоречит публичному порядку Российской Федерации, поскольку не соответствует ее законодательству.*

Однако этот вывод основан на неверном толковании понятия “публичный порядок Российской Федерации”, а также противоречит содержанию решения, в котором отсутствуют ссылки на нормы международного или иностранного права. Решение арбитражного суда основано на нормах российского гражданского законодательства, что вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации.

Содержание понятия “публичный порядок Российской Федерации” не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. ...

⁶ Т.е. до момента изменения подведомственности споров между государственными арбитражными судами и судами общей юрисдикции (см. Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ “О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации” (Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3013)).

Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания”⁷ (выделено жирным шрифтом авт.).

Данный вывод вышел за рамки системы судов общей юрисдикции и был повторен чуть ли не дословно в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 18 ноября 2002 г. № КГ-А40/7628-02⁸: “Федеральный арбитражный суд Московского округа ... рассмотрев в судебном заседании кассационную жалобу ЗАО “Прайсвотерхаус Куперс Аудит” на определение Арбитражного суда города Москвы от 25 сентября 2002 года

по делу № А40-33798/02-85-334

по заявлению ЗАО “Прайсвотерхаус Куперс Аудит” об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 27 марта 2002 года по делу № 106/2001,

установил:

Закрытое акционерное общество “Прайсвотерхаус Куперс Аудит” обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 27 марта 2002 года по делу № 106/2001, которым с заявителя в пользу закрытого акционерного общества “Прайсвотерхаус Связь – Аудит” взыскано 21760128,98 рублей задолженности, 6600568,53 рублей процентов за пользование чужими денежными средствами и 201976,04 рубль расходов истца по уплате арбитражного сбора.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 25 сентября 2002 года по делу № А40-33798/02-85-334 в удовлетворении заявления отказано. При этом суд полагал, что основания для отмены решения третейского суда, предусмотренные статьей 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, а также Законом Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже” от 7 июля 1993 года, отсутствуют.

В кассационной жалобе ЗАО “Прайсвотерхаус Куперс Аудит” просит об отмене определения и передаче дела на новое рассмотрение,

⁷ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 3.

⁸ К моменту написания настоящей работы не опубликовано. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант”.

поскольку арбитражный суд не учел, что выводы третейского суда, на которых основывается его решение противоречат публичному порядку Российской Федерации. ...

Проверив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, заслушав представителей сторон, кассационная инстанция не находит оснований к отмене обжалуемого судебного акта в связи со следующим. ...

ЗАО “Прайсвогтерхаус Куперс Аудит” считает, что при принятии решения третейского суда нарушен публичный порядок Российской Федерации, что является основанием к отмене его решения в соответствии с пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”.

По мнению ЗАО “Прайсвогтерхаус Куперс Аудит” нарушение публичного порядка выразилось в нарушении третейским судом правовых принципов, закрепленных в пункте 2 статьи 1, пункте 1 статьи 9, пункте 3 статьи 10, статье 309, 328 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Доводы жалобы не основаны на законе.

Из смысла статьи 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации следует, что нарушение публичного порядка может иметь место лишь в случае применения иностранной правовой нормы, которая противоречит основам правопорядка России.

Из материалов дела видно, что третейский суд при рассмотрении гражданско-правового спора руководствовался соответствующими нормами российского права, что основано на положениях абзаца 2 пункта 1 статьи 1186, пункта 1 статьи 1211 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьи 28 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”, пункта 9 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, так как договор тесно связан с Российской Федерацией.

Применение международным коммерческим арбитражем норм национального права исключают возможность ссылки на нарушение публичного порядка Российской Федерации” (выделено жирным шрифтом авт.).

После прочтения выделенных утверждений возникает чувство недоумения.

Статья 34 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже” устанавливает необходимость проверки на соответствие публичному

порядку России самого арбитражного решения, а не применения тех материальных норм, на которых основывал свое решение международный коммерческий арбитраж. Между тем Федеральный арбитражный суд Московского округа указал совершенно на иное: *“Применение международным коммерческим арбитражем норм национального права исключают возможность ссылки на нарушение публичного порядка Российской Федерации”*. Однако он не более чем повторил вывод Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ: *“Решение арбитражного суда основано на нормах российского гражданского законодательства, что вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации”* (выделено жирным шрифтом авт.).

Вместо того чтобы выяснить, не противоречит ли публичному порядку России само решение международного коммерческого арбитража, и Федеральный арбитражный суд Московского округа, и Судебная коллегия обратились совсем к иному вопросу: к вопросу о праве, применявшемся при вынесении решения. Их логика, очевидно, была такова: 1) применение российских норм не может вести к противоречию публичному порядку России; 2) данное арбитражное решение основано на применении российских норм; 3) следовательно, данное арбитражное решение не может вести к противоречию публичному порядку России.

Между тем такой подход неверен, прежде всего, методологически. Проверяться на соответствие публичному порядку должно само арбитражное решение. Понятие “арбитражное решение” в этом контексте является достаточно многоаспектным, а вопрос о нормах, на которых основывался международный коммерческий арбитраж при его вынесении, является только одним из таких аспектов. Безусловно, при установлении наличия или отсутствия противоречия решения публичному порядку России суд может обратиться к такому аспекту. Но помимо него, суд в своих разысканьях должен обращаться и к иным из них, не исключая, при определенных обстоятельствах, и вопросы, связанные со сторонами правоотношения и предметом спора, с возможными последствиями отмены решения или отказа его отменить, иногда с арбитрами и т.д. Соответственно, недопустимо основываться только на одном из этих аспектов, как это сделали Федеральный ар-

битражный суд Московского округа и Судебная коллегия, игнорируя при этом иные. Возможно, что в рассмотренных ими делах и не имелось никаких подобных иных вопросов, однако это не означает, что следовало делать акцент только на одном из аспектов, подлежащих рассмотрению при установлении наличия или отсутствия противоречия решения публичному порядку России.

Именно поэтому с логической точки зрения сделанный судами вывод является ложным. Если арбитражное решение основано на применении российских норм, это еще не означает, что отсутствуют иные не связанные с таким применением основания, по которым это решение может противоречить публичному порядку России.

Однако даже если оставаться в рамках предложенной Судебной коллегией и Федеральным арбитражным судом Московского округа конструкции, то все равно нельзя не признать неверной посылку о том, что применение российских норм исключает противоречие публичному порядку России.

Во-первых, если под применением российских норм понимать сам факт обращения к российскому праву как к применимому регулированию, то нельзя исключать того, что при определенных условиях вывод международного коммерческого арбитража о необходимости применения именно российского права будет настолько вопиюще несправедлив и одиозен, что постановленное решение должно быть на этом основании сочтено противоречащим публичному порядку России. Ничего удивительного в этом нет: коллизионные нормы появились как раз потому, что применение в ряде случаев *lex fori* являлось бы грубейшим попранием справедливости и морали, т.е. того, что и является публичным порядком.

Во-вторых, если под применением российских норм понимать не сам факт обращения к российскому праву, а использование конкретных российских норм для разрешения спора, то утверждение о том, что применение российских норм не может вести к противоречию публичному порядку России, является верным только в том случае, если данные нормы были истолкованы и применены правильно.

Противоположное использование таких норм международным коммерческим арбитражем, имеющее итогом серьезную несправедливость и одиозность, вполне может нарушать публичный порядок России. Ничего странного в последнем утверждении также нет. “... публичный порядок существует независимо от законов и может отражаться в

*неписанных принципах*⁹. На это же указала сама Судебная коллегия: *“Содержание понятия “публичный порядок Российской Федерации” не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. ... Под “публичным порядком Российской Федерации” понимаются основы общественного строя Российского государства”*. Именно поэтому утверждение *“Неправильное применение международным коммерческим арбитражем российских норм, имеющее итогом серьезную несправедливость и одиозность, может нарушать публичный порядок России”* не является тавтологией (т.е. не может пониматься как утверждение о том, что неправильное применение российских норм может нарушать российские нормы): публичный порядок России к российским нормам не сводится (хотя и закрепляется во многих из них). Соответственно, в рассуждениях Судебной коллегии наблюдается непоследовательность: она, с одной стороны, не отождествила публичный порядок России с российскими нормами, а с другой – заявила, что *“применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации”*.

. Но имеется еще один важный аспект, помогающий понять правильность тезиса о том, что неправильное применение международным коммерческим арбитражем российских норм, имеющее итогом одиозность, может нарушать публичный порядок России. Дело в том, что в отношении международного коммерческого арбитража в случае неправильного применения им российских норм совсем недостаточно констатации такого неправильного применения для того, чтобы из этого могли возникнуть юридические последствия. Такой констатации было бы достаточно в отношении государственных судов, решения которых проверяются на правильность применения закона вышестоящими инстанциями. Применительно к ним, действительно, нет никакой необходимости говорить о том, что неправильное применение ими российских норм, имеющее итогом серьезную несправедливость и одиозность, может нарушать публичный порядок России: достаточно говорить только о неправильном применении норм. Однако возможно это только благодаря тому, что существуют вышестоящие инстанции, в задачу которых как раз и входит проверка правильности применения таких норм. Кстати говоря, когда самая вышестоящая инстанция неправильно применяет нормы таким образом, что это ведет к одиозному ре-

⁹ Иссад М. Международное частное право. – М.: Прогресс, 1989. – С. 64.

зультату, то зачастую ее критики уже не ограничиваются упоминанием о неправильном применении норм, но апеллируют к нарушению основополагающих принципов справедливости и т.д., т.е. ссылаются на тот же самый публичный порядок. Объяснение этому одно: проверять правильность уже некому, ввиду чего ссылки на правильность или неправильность во многом теряют смысл.

В случае же с международным коммерческим арбитражем ситуация совершенно иная: над ним нет вышестоящих инстанций, его решения не могут быть обжалованы или пересмотрены в порядке надзора. Согласно статье 5 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже”, *“По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе”*. При этом данный Закон РФ не связывает возможность отмены судом решения международного коммерческого арбитража или отказа в приведении его в исполнение с просто неправильным применением арбитражем правовых норм. Необходимо нечто большее: крайне неправильное применение им таких норм.

Природа третейского разбирательства такова, что оценка государственным судом правильности установления третейским судом фактических обстоятельств дела и правильности применения им нормативных предписаний не считается, по общему правилу, необходимой. Конечно же, возможен и иной подход, который до недавнего времени был закреплен и в российском законодательстве применительно к внутренним третейским судам. Например, статья 26 Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров¹⁰ (утверждено постановлением ВС РФ от 24 июня 1992 г. № 3115-1) предусматривала: *“Если при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа будет установлено, что решение не соответствует законодательству либо принято по неисследованным материалам, арбитражный суд возвращает дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение”*. Однако сегодня от такого подхода применительно к внутренним третейским судам законодатель, учитывая природу третейского разбирательства, отказался, и установил в пункте 1 статьи 46 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ

¹⁰ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 30. – Ст. 1790.

“О третейских судах в Российской Федерации”¹¹, что “При рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа компетентный суд не вправе исследовать обстоятельства, установленные третейским судом, либо пересматривать решение третейского суда по существу”. К сожалению, аналогичная норма почему-то не вошла в АПК РФ 2002 г., равно как и не была повторена в Федеральном законе от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ “О третейских судах в Российской Федерации” применительно к процедуре оспаривания решений внутренних третейских судов. Однако следует считать, что это скорее досадное упущение, тогда как только что приведенное правило должно являться общим принципом для всех государственных судов как при оспаривании решений внутренних третейских судов, так и при их приведении в исполнение. На первый взгляд, такого правила нет и в Законе РФ “О международном коммерческом арбитраже”. На самом же деле оно в нем присутствует, причем даже в еще более радикально выраженной форме: речь идет об уже приведенной выше статье 5 данного Закона РФ.

Однако полностью третейские суды из-под контроля государственной судебной власти не выведены: оценка ею правильности применения нормативных предписаний в третейском разбирательстве допускается, но только тогда, когда имели место крайне грубые и крайне серьезные нарушения в применении правил закона. В таком случае государственные суды имеют право отменить решение третейского суда или отказать в его принудительном исполнении. Согласно статьям 42 и 46 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ “О третейских судах в Российской Федерации”, а также нормам АПК РФ 2002 г. решение внутреннего третейского суда может быть отменено или не приведено в исполнение, если оно нарушает основополагающие принципы российского права.

И хотя за этими словами кроется факт крайне грубых и крайне серьезных нарушений в применении правил российского закона третейским судом, все же указание на противоречие основополагающим принципам российского права именно третейского решения совсем не случайно. Принципиальное значение имеет не сам процесс применения закона третейским судом, а вынесенное им решение, являющееся итогом его функционирования. И речь здесь следует вести не об удобстве терминологии. Опять-таки природа третейского разбирательства такова, что было бы неправильно подвергать оценке действия третейс-

11 Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 30. – Ст. 3019.

кого суда до момента завершения им своих функций: третейский суд может крайне одиозно и превратно истолковать закон, но при этом не дойти до стадии вынесения окончательного решения. В таком случае нет смысла негативно оценивать такое его истолкование закона. Равным образом не имеет значения одиозная оценка закона любым частным лицом, если только она не выливается окончательно в юридически значимое действие. Между тем третейское разбирательство является именно частной, а не публичной процедурой, а юридически значимым окончательным действием из него выступает только вынесенное решение.

Ничего удивительного в том, что закон придает значимость только крайне грубым и крайне серьезным нарушениям в применении правил закона третейским судом, не имеется. Государство должно гарантировать максимально высокие правовые стандарты защиты прав в государственном судопроизводстве, но в то же время имеет право гарантировать только минимальный правовой стандарт для защиты прав в третейском разбирательстве как системе частного правосудия, к которой лица прибегают по своему собственному желанию. Если эти лица выбрали третейское разбирательство, добровольно отказавшись от обращения в государственный суд, то они должны сами нести последствия того, как выбранные ими же третейские судьи оценят обстоятельства их дела и применят закон. С точки зрения государства недопустимым будет только появление третейского решения в результате крайне грубых и крайне серьезных нарушений в применении правил закона, но не иные несоответствия правовых рассуждений третейского суда объективному праву: стороны могли и должны были это предвидеть, обращаясь к нему. Именно поэтому и говорят о нарушении решением внутреннего третейского суда именно основополагающих принципов российского права. Безусловно, невозможность отмены или отказа в приведении в исполнение третейского решения в том случае, когда не имеет места нарушение им основополагающих принципов российского права, а имеет место иное неправильное истолкование закона, является одним из минусов третейского разбирательства. Однако этот минус компенсируется другими плюсами. При ином же подходе смысл существования третейского разбирательства может исчезнуть.

Все вышесказанное верно и в отношении международного коммерческого арбитража, но только применительно к нему речь уже должна идти не об основополагающих принципах российского права, а о публичном порядке России.

Как известно, в теории права выделяют два вида публичного порядка: *ordre public interne* и *ordre public international* или, иными словами, публичный порядок по смыслу внутреннего национального регулирования и публичный порядок по смыслу международного частного права (впрочем, сами понятия *ordre public interne* и *ordre public international* неудачны и могут вводить в заблуждение). О первом идет речь в статьях 42 и 46 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ “О третейских судах в Российской Федерации” и в статье 169 “Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности” ГК РФ. О втором говорят статьи 34 и 36 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже” и статья 1193 “Оговорка о публичном порядке” ГК РФ. Однако и в том, и в другом случае речь идет об одном и том же правовом институте: основах правопорядка России, основополагающих принципах российского права. Отрицать связь между понятием “основополагающие принципы российского права” и понятием “публичный порядок России” бессмысленно: это две стороны одного и того же правового института. Все дело в том, что этот правовой институт применяется к чисто внутренним правоотношениям и к правоотношениям с иностранным элементом по-разному: то, что недопустимо для первых, может считаться приемлемым для вторых (ввиду их особенного характера), и наоборот. Иными словами, речь идет о том, что одна и та же планка ставится в различных случаях на разных уровнях. И при этом для нее имеется два обозначения, хотя суть ее от этого не меняется “...публичный порядок и основополагающие принципы российского права – это одно и то же”¹². Впрочем, об *ordre public interne* и *ordre public international* в доктрине написано достаточно¹³, так что дальнейший подробный анализ этих категорий здесь является излишним. Отметим только то, что само понятие “публичный порядок” не по смыслу международного частного права, а по смыслу внутреннего национального регулирования (*ordre public interne*) уже находило применение в российских судах, причем именно в связи со статьей 169 “Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности” ГК РФ: “Исходя из этого, суд сделал вывод о том, что стороны, подписывая соглашение об отступном без соблюдения установленного за-

¹² Интервью с Председателем Высшего Арбитражного Суда В.Ф. Яковлевым – Хозяиство и право. – 2003. – №2. – С. 14.

¹³ Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. – Петроград, 1916. – С. 15 – 20.

конодательством порядка зачисления на расчетный счет выручки от реализации продукции, действовали умышленно, с целью неуплаты налогов в бюджет, сознавая нарушение ими публичного порядка в стране и статьи 57 Конституции Российской Федерации. Поэтому суд в соответствии со статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации признал требования налоговой инспекции правомерными и подлежащими удовлетворению”¹⁴; “Кассационная инстанция, принимая постановление об удовлетворении иска, исходила из того, что, подписав соглашения об отступном, стороны нарушили установленный законодательством порядок зачисления выручки от реализации продукции на расчетный счет. При этом кассационная инстанция признала: стороны действовали умышленно и сознавали, что их действия приведут к непоступлению налоговых платежей в бюджет, нарушению публичного порядка в государстве и статьи 57 Конституции Российской Федерации, в связи с чем требования налоговой инспекции правомерны и подлежат удовлетворению в соответствии со статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации”¹⁵.

Но коль скоро решение внутреннего третейского суда может при определенных обстоятельствах нарушать основополагающие принципы российского права¹⁶, то точно так же всегда допустимо говорить о том, что решение международного коммерческого арбитража может при определенных обстоятельствах противоречить публичному порядку России даже тогда, когда при вынесении этого решения использовались российские нормы. Для этого достаточно, чтобы арбитраж вынес решение в результате крайне грубого и крайне одиозного неправильного применения российских норм.

А то, что последнее возможно, сомнений не вызывает. Лица, занимающиеся международным коммерческим арбитражем, обычные люди,

¹⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 октября 1997 г. № 3724/97 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1998. – № 1).

¹⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 октября 1997 г. № 3101/97 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1998. – № 2).

¹⁶ Поскольку третейский суд черпает свою компетенцию из соглашения сторон, а вынесенное им решение хотя и обязательно, но не может быть приведено в исполнение без помощи государственного суда, допустимо говорить о том, что такое решение аналогично по силе договору, заключенному сторонами. Но если условия договора могут противоречить основам правопорядка и нравственности, то почему аналогичным образом не может противоречить ему и третейское решение?

и среди них так же немало таких, кто не всегда правильно применяет правовые нормы, как и среди всех тех, кто именует себя юристами. Безусловно, среди таких лиц очень много уважаемых экспертов, которые, ценя свою репутацию и свои гонорары, не будут допускать крайне грубого и крайне одиозного нарушения и истолкования российских норм. Однако такими экспертами являются не все, тогда как стремление стать ими может вести к ошибочным шагам. Далее, арбитры могут заблуждаться, руководствуясь какими-то стереотипами или заблуждениями, в том числе научными (такое распространено достаточно часто). Кроме того, как быть с иностранцами, которые, входя в состав международного коммерческого арбитража, могут вынести решение на основе российского права, нарушив его нормы крайне грубо путем превратного их истолкования или путем неприменения важнейших норм, подлежащих применению (хотя, возможно, даже и не подозревая об этом, поскольку российское право является для них чуждым)?

Все это не было учтено ни Судебной коллегией, ни Федеральным арбитражным судом Московского округа. Они исходили из ошибочного мнения о том, что речь о нарушении публичного порядка может идти только тогда, когда применяется иностранное право: *“Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания”*; *“Из смысла статьи 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации следует, что нарушение публичного порядка может иметь место лишь в случае применения иностранной правовой нормы, которая противоречит основам правопорядка России”*. Скорее всего, их ввела в заблуждение сама категория “публичный порядок”, чаще всего употребляемая в коллизионном праве в отношении применения иностранного права.

На самом же деле из статьи 1193 ГК РФ вовсе не следует, что применение категории “публичный порядок” ограничивается случаями недопущения иностранного права: это только одна из сфер ее применения, хотя бытует и заблуждение об ином¹⁷, которому Судебная коллегия с Федеральным арбитражным судом Московского округа поддались. На самом же деле область использования данной категории охватывает все вопросы правоотношений с иностранным элементом, включая

¹⁷ Сеглин Б. Сомнительные украшения для российской Фемиды // Бизнес-адвокат. – 2000. - № 11. – С. 1-3.

сферу приведения в исполнение решений иностранных государственных судов, а также международный коммерческий арбитраж. В каждой из этих сфер общая категория “публичный порядок” имеет свое наполнение и свои особенности. Ввиду этого не может не вызывать возражений и то, что Федеральный арбитражный суд Московского округа механистически применил статью 1193 ГК РФ, связанную с коллизиями законов, к вопросу из области международного гражданского процесса.

На самом деле общей предпосылкой использования данной категории является не только возможность применения иностранного права, а вообще наличие в правоотношении иностранного элемента, т.е. того, что инородно для российского права, того, что может вызывать потребность в защитных мерах. И иностранное право, и решение иностранного государственного суда, и решение международного коммерческого арбитража изначально не являются элементами российской правовой системы, а для того, чтобы стать в нее интегрированными, они должны быть приемлемыми и допустимыми для нее. Допустимость же и определяется через обращение к категории “публичный порядок”. При этом то обстоятельство, что международный коммерческий арбитраж действует и выносит свое решение в России, еще ничего не значит. Для него и в этом случае действуют особые правила, создающие ряд изъятий из общих правил российского регулирования третейского разбирательства, а установлены и действуют они по той причине, что речь идет о спорах с участием иностранных лиц, для разбирательств которых требуется особый правовой режим. Иными словами, и в этом случае решение международного коммерческого арбитража будет для российского права инородным.

Ввиду своих особых задач международный коммерческий арбитраж не может быть приравнен к внутреннему третейскому суду, действующему в России: для российского права он обладает характеристиками иностранности. Именно поэтому пункт 1 статьи I Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений¹⁸ предусматривает: *“Настоящая Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение*

¹⁸ Ведомости Верховного Совета Союза Советских Социалистических Республик. – 1960. – № 46. – Ст. 421.

в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица. Она применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение” (выделено жирным шрифтом авт.). Применительно к таким решениям, которые не считаются внутренними, Конвенция также предлагает использовать категорию “публичный порядок”.

Соответственно, в статьи 34 и 38 Закона РФ “О международном коммерческом арбитраже”, во многом основывающегося на упомянутой Конвенции, указания на публичный порядок России были внесены не случайно. Судебная коллегия и Федеральный арбитражный суд Московского округа это не учли, хотя из данного Закона прямо вытекает, что эти статьи распространяются на все решения международного коммерческого арбитража, независимо от того, в какой стране они вынесены и независимо от того, какое право при их вынесении применялось. Ничего противоположного этому, на чем могли бы строить свою позицию Судебная коллегия и Федеральный арбитражный суд Московского округа, не вытекает ни из других законов, ни из Конституции РФ, ни из самой природы международного коммерческого арбитража.

Таким образом, логика, которой руководствовались Судебная коллегия и Федеральный арбитражный суд Московского округа, в корне ошибочна. На самом деле этим органам судебной власти следовало бы говорить о том, что в обстоятельствах вынесения решения международного коммерческого арбитража и в самом решении не имеется ничего того, что могло бы указывать на противоречие такого решения публичному порядку России, а доводы об ином являются неосновательными по таким-то причинам. При этом судам не следовало подробно оценивать то, каким образом международный коммерческий арбитраж применил или истолковал ту или иную конкретную норму российского права: это было бы недопустимым судебным вмешательством. Им надлежало определить только то, влечет ли состоявшееся применение и толкование российских норм итог, одиозный с точки зрения российского права.

Более того, суды могли бы указать на то, что коль скоро при вынесении решения применялось российское право, то это создает презумпцию в пользу отсутствия нарушений российского публичного порядка и что должник должен доказать обратное, обосновать именно то, что

имело место такое неправильное и одиозное применение российских норм, что оно создает противоречие решения публичному порядку России.

Вместо этого суды встали на совершенно абстрактную, безапелляционную и неверную позицию, *a priori* отказавшись от допущения мысли о том, что российские нормы, пусть и в исключительных случаях, но все же могут быть применены абсолютно неверно.

В стремлении противодействовать экспансии категории “противоречие публичному порядку” эти суды перестарались и сами допустили ошибку в виде чрезмерно узкого понимания данной категории. Ограничение использования данной категории возможно двумя способами: 1) путем определения ее внутреннего содержания для выявления тех ее внешних границ в каждой конкретной ситуации, которые таким внутренним содержанием задаются; 2) путем очерчивания внешних границ тех правовых областей, где она вообще допустима к применению. Первый способ можно назвать интенсивным, второй – экстенсивным. Первый, конечно же, гораздо более сложный со всех точек зрения. К сожалению, Судебная коллегия и Федеральный арбитражный суд Московского округа предпочли путь наименьшего сопротивления: проще сказать о том, что в такой-то области постановка вопроса о публичном порядке вообще недопустима (не принимая во внимание указания и закона, и существа рассматриваемого вопроса на иное), нежели обосновать то, что рассмотрение такого вопроса по существу ведет к выводу об отсутствии противоречия публичному порядку.

Возможно, что судебные акты, вынесенные Судебной коллегией и Федеральным арбитражным судом Московского округа, по своей сути и являются верными, однако аргументировать их подобным странным образом было неправильно. Справедливости ради отметим, что в определении от 25 сентября 1998 г. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ попыталась определить внутреннее содержание категории “противоречие публичному порядку”, однако ее рассуждения все же являются достаточно сумбурными, и над ними довлеет неверная идея о принципиальной недопустимости использования такой категории при применении арбитражем российских норм.

Выдвинутая Судебной коллегией и Федеральным арбитражным судом Московского округа идея может, на первый взгляд, показаться свежей и оригинальной. Однако это впечатление обманчиво. Она скорее вредна.

Во-первых, она ошибочна, и одно это уже будет препятствовать правильному пониманию категории “противоречие публичному порядку” в российской судебной практике и доктрине. В литературе уже появились работы, поддерживающие такую позицию¹⁹. Кроме того, подобное ее истолкование будет способствовать недобросовестности должников, уже получивших в руки аргумент, хотя и неверный, но освященный мнением высоких судебных инстанций.

Во-вторых, хотя в рассмотренных судебных актах речь шла об отмене решений международного коммерческого арбитража, что мешает применить использованный в них подход *mutatis mutandis* к приведению таких решений в исполнение? В итоге получится следующее: приведение в исполнение в России любого, даже самого одиозного решения международного коммерческого арбитража, существенным образом облегчится, если только при его вынесении применялись нормы российского права. Но тогда встает вопрос: неужели так же должно обстоять дело с решениями иностранных государственных судов или иностранных третейских судов, которые основывали свои решения на российском праве? Очевидно, что лишать *a priori* должника возможности ссылаться на нарушение публичного порядка России только из-за того, что использовались российские нормы, недопустимо: важно не то, что использовали, а каков итог использования. Это еще раз доказывает неправильность рассмотренных выводов Судебной коллегии и Федерального арбитражного суда Московского округа.

Может быть, на самом деле над Судебной коллегией и Федеральным арбитражным судом Московского округа довлело еще и то обстоятельство, что рассмотренные ими решения международного коммерческого арбитража были вынесены в России российскими же арбитрами на русском языке в рамках такого старого и уважаемого институционального арбитража, как МКАС. Но если встать на этот путь, то тогда окажется, что решения международного коммерческого арбитража необходимо рассматривать на предмет противоречия их публичному порядку России по-разному в зависимости от того, на-

¹⁹ Сеглин Б. Сомнительные украшения для российской Фемиды // Бизнес-адвокат. – 2000. – № 11. – С. 1-3. Скорее сомнительны доводы самой этой статьи. Впрочем, из приводимых в этой статье примеров следует, что Московский городской суд не поддался такой неправильной идее. Не совсем понятно, почему эта идея нашла поддержку у Карабельникова Б.Р. (Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. – М.: Юридический дом “Юстицинформ”, 2001. – С. 209 – 210).

сколько “иностранном” был арбитраж: если в нем заседали иностранные лица и использовался иностранный язык, то тогда шансы “выявить” противоречие публичному порядку России будут выше, нежели в иной ситуации. Вполне понятно, что такая методология крайне ошибочна.

В итоге хотелось бы надеяться, что в российской судебной практике применение категории “противоречие публичному порядку” пойдет по пути определения ее внутреннего содержания, а не по тому экстенсивному пути, который был предложен в рассмотренных судебных актах.